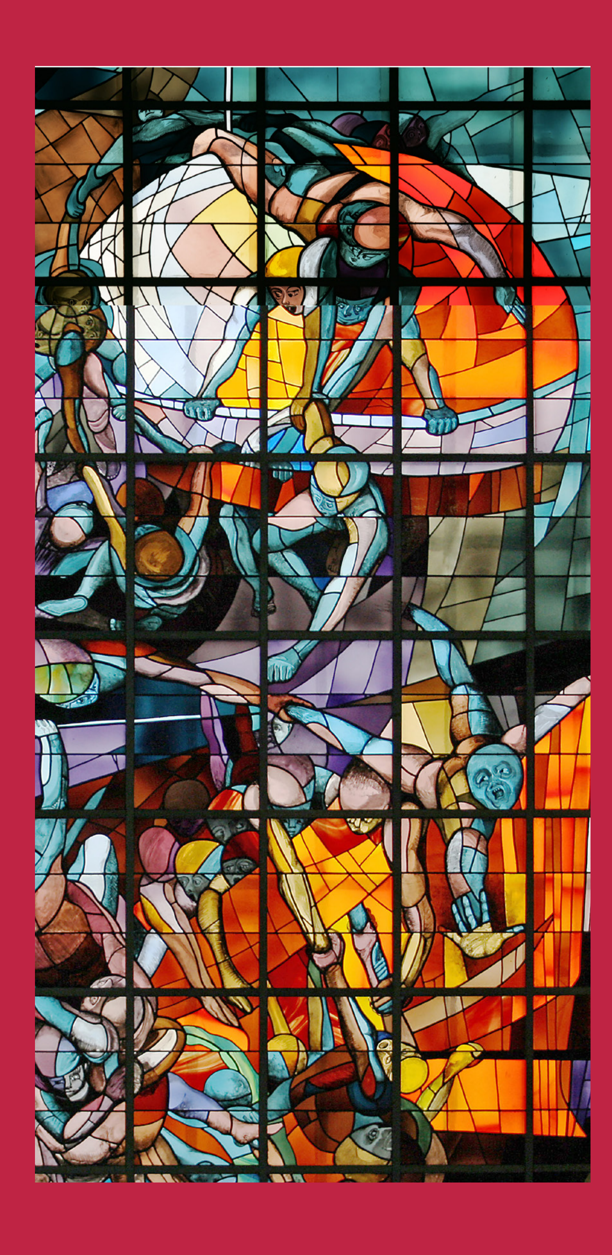
María Candelaria Domínguez Guillén

Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada Especialista en Derecho Procesal, Doctora en Ciencias Mención Derecho, Investigadora-docente Instituto de Derecho Privado, Profesora Asociado



MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N° 20
Caracas / Venezuela / 2008

KHW480
D6714

Domínguez Guillén, María Candelaria.
Manual de Derecho de Familia / María Candelaria Domínguez Guillén. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008.

584 p. - (Colección Estudios Jurídicos, Nº 20)

1. Derecho de Familia -- Venezuela. 2. Familia -- Venezuela. 3. Parentesco -- Venezuela.

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos - Nº 20
Fernando Parra Aranguren, Director
Depósito Legal lf:
ISBN:
Depósito Legal lf:
ISBN:

María Candelaria Domínguez Guillén
Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada Especialista en Derecho Procesal, Doctora en Ciencias Mención Derecho, Investigadora-docente Instituto de Derecho Privado, Profesora Asociado

MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos, Nº 20
Caracas/Venezuela/2008



Palabras Preliminares

Este nuevo libro de la Colección Estudios Jurídicos, Nº 20, intitulado Manual de Derecho de Familia pretende "sistematizar y exponer los tópicos más importantes de la materia, sin llegar a agotar, en modo alguno, su desarrollo, bibliografía y jurisprudencia". Su autora, Profesora María Candelaria Domínguez Guillén, ha publicado varias de sus obras en nuestro sello editorial.

Con Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil , a la fecha con dos ediciones, inauguramos nuestra Colección Nuevos Autores. Posteriormente, en el Nº 17 de esta Colección, difundimos el trabajo que presentara por ante la Muy Ilustre Universidad Central de Venezuela para obtener el Título de Doctora en Ciencias, Mención Derecho, varios años después de haber obtenido, en la misma Casa de Estudios, el de Abogada.

La obra que entregamos a la comunidad jurídica nacional es –como señala la autora– "el resultado del estudio y la curiosidad académica de una materia relacionada necesariamente" con su área de dedicación. En efecto, en múltiples ocasiones, al dictar *Personas*, vienen, justificadamente, a "colación aspectos del Derecho de Familia", por su vinculación con temas afines, entre otros, la posesión de estado, el estado civil, el registro del estado civil y la patria potestad.

La obra consta de trece (13) capítulos: los seis (6) primeros son inéditos; el material de los restantes ha sido divulgado con anterioridad, en publicaciones de este Alto Tribunal, aun cuando ha sido modificado a fin de adecuarlo a la estructura de un texto. El libro trata los siguientes temas: la familia, el derecho de alimentos, el matrimonio, su régimen patrimonial, el divorcio, el estado familiar filiatorio (maternidad y paternidad), el reconocimiento voluntario de la filiación, el reconocimiento de la paternidad en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, el reconocimiento forzoso de la filiación (notas sobre el artículo 210 del Código Civil), la posesión de estado, las uniones concubinarias en la Constitución de 1999 –publicado con anterioridad a la sentencia de la Sala Constitucional Nº 1.682 de 15 de julio de 2005–, otras reflexiones sobre las uniones estables, a modo de comentario de ésta última y al contenido de la sentencia de la misma Sala Nº 0190 de 28 de febrero del presente año, y el cálculo de la concepción.

Sería redundante querer resaltar la importancia del tema. Conforme señala la autora, "todos y cada uno de nosotros estamos inmersos en múltiples instituciones de Derecho de Familia, que se viven en la cotidianidad", razón por la cual "enfocarlas en su perspectiva jurídica no es fácil sin desligarse de la carga emocional, moral y social que ellas aparejan".

Este Alto Tribunal espera que esta nueva publicación constituya un aporte al conocimiento de este campo del Derecho, y sea recibida por sus destinatarios con el mismo beneplácito con que han sido acogidas las anteriores.

Caracas, diez de julio de 2008.

Luisa Estella Morales Lamuño

Dedico el presente estudio de Derecho de Familia,
a mi familia, fuente inagotable de apoyo y amor,
en cualquier momento de la vida.

Introducción

El estudio que presentamos trata de abarcar los principales temas de la asignatura de Derecho de Familia. Y lo calificamos de "*Manual*" porque simplemente pretende sistematizar y exponer los tópicos más importantes de la materia, sin llegar a agotar en modo alguno su desarrollo, bibliografía y jurisprudencia.

Constituye, pudiera decirse, el resultado del estudio y la curiosidad académica de una materia relacionada necesariamente con nuestra área de dedicación, que es "Derecho Civil I Personas". Múltiples han sido las oportunidades en que, dictando la asignatura "Personas", vienen justificadamente a colación aspectos del Derecho de Familia, ligados a temas afines como la posesión de estado, el estado civil, el registro del estado civil, la patria potestad, etc. Ello nos llevó luego de escribir algunos artículos relativos a "Derecho Civil I", a desarrollar otros que se acercaban más al programa de Derecho de Familia, tales como el reconocimiento voluntario, las uniones de hecho, etc. Un día, cuando escribía el último artículo, mi esposo Miguel Ángel, me dijo: "deberías escribir un libro de Derecho de Familia" y es el que hoy presentamos.

El presente estudio consta de trece (13) capítulos, los seis (6) primeros temas son inéditos y los siete (7) siguientes han sido publicados con anterioridad. Algunos de sus títulos han sido modificados sutilmente, a fin de adecuarlos a la estructura de un texto. Por otra parte, el libro cuenta con notas bibliográficas, jurisprudenciales, referenciales y

explicativas colocadas al pie de página, a fin de que el lector si lo desea pueda detallar o profundizar algunos aspectos de interés de la materia.

El Capítulo I, trata sobre "*La Familia*" y la ubicación del Derecho de Familia; El Capítulo II es el relativo al "*Derecho de Alimentos*"; El Capítulo III abarca resumidamente "*El matrimonio*"; de seguidas, el Capítulo IV toca "*El régimen patrimonial del matrimonio*"; a lo que se continúa "*El divorcio*" en el Capítulo V; el Capítulo VI lo titulamos "*El estado familiar filiatorio (maternidad y paternidad)".* Los anteriores constituyen –según indicamos– temas inéditos o no divulgados hasta la fecha. A partir de los siguientes temas recogemos algunos estudios que realizamos previamente sobre la materia. Así, el Capítulo VII corresponde al "*Reconocimiento voluntario de la Filiación*" (Revista de Derecho N° 23, Tribunal Supremo de Justicia, 2006); el Capítulo VIII constituye "*El reconocimiento de la paternidad en la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*" (Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Colección Estudios Jurídicos N° 19, TSJ, 2008); El Capítulo IX es "El *reconocimiento forzoso de la filiación (notas sobre el artículo 210 del Código Civil)"* (Revista de Derecho N° 25, TSJ, 2007); el Capítulo X se titula "*La posesión de estado*" (Revista de Derecho N° 22, TSJ, 2006); el Capítulo XI se denomina "*Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999*" (Revista de Derecho N° 17, TSJ, 2005) el cual fue publicado en abril de 2005, con anterioridad a la sentencia de la Sala Constitucional 1682 del 15-7-05, a la cual nos referimos en el Capítulo siguiente, así como a la decisión 190 del 28-2-08; el XII trata "*Las uniones estables de hecho (según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)* (Revista de Derecho N° 27, TSJ, 2008). Finalmente, consideramos pertinente incluir en el Capítulo XIII, "*El cálculo de la concepción*" (Revista de Derecho N° 24, TSJ, 2007).

Como en otras oportunidades, agradecemos a quienes de una u otra manera colaboraron con el presente esfuerzo y también a todas aquellas personas que por múltiples razones nos inspiraron para su realización.

Todos y cada uno de nosotros estamos inmersos en múltiples instituciones de Derecho de Familia, que se viven en la cotidianidad; considerarlas en su perspectiva jurídica no es fácil sin desligarse de la carga emocional, moral y social que ellas aparejan. De allí la importancia de precisar algunas nociones básicas que debe manejar el estudioso de la materia. A fin de contribuir a dicho estudio, ofrecemos las siguientes líneas, con la satisfacción que brinda estudiar lo que se disfruta.

Índice General

CAPíTULO I
LA FAMILIA

1. Noción e importancia 19
2. El Derecho de Familia 25
3. El parentesco 31
4. Potestades y órganos familiares 35

CAPÍTULO II
DERECHO DE ALIMENTOS

1. Noción............................ 39
2. Caracteres 45
3. Requisitos o supuestos................. 47
  3.1 Familiar legalmente obligado 48
  3.2 El estado de necesidad del requirente 53
  3.3 Capacidad económica del obligado 57
4. Consideraciones procesales 58

CAPÍTULO III
EL MATRIMONIO

1. Noción, naturaleza y caracteres 63
2. Requisitos .... ………………………………… 60

2.1 De fondo 69
2.1.1 Diversidad de sexos 69
2.1.2 Capacidad 70
2.1.3 Consentimiento 75
2.1.4 Ausencia de impedimentos 76
2.2 De forma 76
2.2.1 Los esponsales o manifestación esponsalicia 76
2.2.2 Solemnidades 78
3. Impedimentos 81
3.1 Impedientes 81
3.2 Dirimentes 82
4. Nulidad................ 83
4.1 Causas........... 83
4.2 Efectos...... 87
5. Deberes y Derechos 91

CAPÍTULO IV
RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

1. Noción 97
2. Las capitulaciones matrimoniales 99
2.1 Noción, caracteres y efectos...... 99
2.2 No son asimilables a la separación judicial de bienes. 106
3. La comunidad conyugal 115
3.1 Noción y caracteres 115
3.2 Bienes de la comunidad 120
3.3 Bienes propios 128
3.4 Cargas de la comunidad 134
3.5 Administración de la comunidad 138
3.6 Disolución de la comunidad conyugal 146

CAPÍTULO V
El DIVORCIO

1. Noción e importancia 149
2. Divorcio contencioso por las causales del artículo 185 CC.... 153
2.1 Adulterio 155
2.2 El abandono voluntario 162

2.3 Los excesos, sevicias e injurias graves que hagan imposible la vida en común.................................... 170
2.4 El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución 177
2.5 La condena a presidio 179
2.6 La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común 183
2.7 La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común…………. 185
3. Divorcio no contencioso 190
3.1 Conversión de la separación de cuerpos en divorcio (185 CC, primer aparte) 190
3.2 Ruptura prolongada de la vida en común o separación fáctica de cuerpos (Artículo 185-A CC) 196
4. Consideraciones procesales 207

CAPÍTULO VI
EL ESTADO FAMILIAR FILIATORIO
(PATERNIDAD Y MATERNIDAD)

1. La paternidad y la maternidad... 213
2. La filiación paterna 213
2.1 Matrimonial 221
2.2 Extramatrimonial 221
2.2.1 Reconocimiento voluntario 236
2.2.2 Reconocimiento forzoso 239
3. La filiación materna 242
3.1 El nacimiento 242
3.2 Establecimiento 245
3.2.1 En la partida de nacimiento 246
3.2.2 Supletorio (voluntario y forzoso)................ 246
3.2.3 Impugnación 249
3.2.3.1 Normas generales 249
3.2.3.2 Fecundación artificial................... 259
4. Prueba de la filiación... 268
5. Derechos derivados de la filiación 272
6. La filiación adoptiva 277

CAPÍTULO VII
EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA FILIACIÓN

1. Noción................. 288
2. Caracteres.......... 290
2.1 Declarativo de la filiación 290
2.2 Negocio jurídico 291
2.3 Irrevocable 293
2.4 Impugnable 295
2.5 Solemne o auténtico 295
2.6 Unilateral 297
2.7 Puro y simple 300
2.8 Espontáneo 301
2.9 Personalísimo 302
2.10 Exclusivo de la filiación extramatrimonial 304
2.11 *Erga omnes* 308
3. Instrumentos 309
4. Efectos................. 314
5. Normas especiales 317
5.1 Papel de la posesión de estado 317
5.2 Reconocimiento del concebido 317
5.3 Posibilidad de reconocimiento por los ascendientes..... 318
5.4 Reconocimiento en caso de divorcio por 185-A CC (art 225 CC) 319
6. Impugnación y nulidad 321
7. Capacidad de obrar 326

CAPÍTULO VIII
EL RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD EN LA LEY PARA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS, LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

1. La presentación y la mención de la identidad del padre (artículo 21) 331
2. El procedimiento administrativo a los fines del reconocimiento (artículos 22 al 29) 342
3. La necesidad de acudir al órgano jurisdiccional (artículos 30 y 31)... 348
4. Consideraciones finales 352

CAPÍTULO IX
RECONOCIMIENTO FORZOSO DE LA FILIACIÓN (NOTAS SOBRE EL ARTÍCULO 210 DEL CÓDIGO CIVIL)

1. Generalidades........ 355
2. El artículo 210 del Código Civil 359
2.1 Contenido 359
2.2 Antecedentes 361
2.3 Importancia 365
3. El reconocimiento judicial de la filiación (según el artículo 210 CC)........ 367
3.1 Amplitud probatoria 367
3.1.1 Todo género de pruebas 67
3.1.2 Experticias hematológicas y herederobiológicas 374
3.2 Establecimiento automático 390
3.2.1 La posesión de estado 390
3.2.2 La cohabitación de los progenitores durante la época de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período 395

CAPÍTULO X
LA POSESIÓN DE ESTADO

1. Noción........ 403
2. Naturaleza........ 408
3. Elementos........ 411
4. Importancia........ 419
4.1 En relación con el estado de hijo 420
4.1.1 Matrimonial 420
4.1.2 Extramatrimonial 420
4.2 En relación con el estado de cónyuge 425
4.3 En relación con el concubinato 426
5. Forma de hacerla valer 428

CAPÍTULO XI
LAS UNIONES CONCUBINARIAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. El concubinato o unión de hecho estable 434
1.1 Noción............... 434
1.2 Requisitos.. 435
1.2.1 Unión entre un solo hombre y una sola mujer... 436
1.2.2 Estabilidad 436
1.2.3 Tratamiento recíproco de marido y mujer .. 437
1.2.4 Que ninguno de los concubinos esté casado .. 438
1.2.5 Unión espontánea y libre........................ 439
1.3 Prueba.............. 439
2. Alcance del artículo 77 de la Constitución 443
2.1 Planteamiento 443
2.2 Efectos Patrimoniales 447
2.2.1 Comunidad concubinaria 447
2.2.2 Vocación hereditaria 450
2.2.3 Indemnización por daño moral 455
2.2.4 Obligación alimentaria 456
2.2.5 Otros 457
2.3 Efectos personales 458
2.3.1 Deberes y derechos.................................... 458
2.3.2 Patria potestad 462
2.3.3 Adopción.. 463
2.3.4 Fecundación artificial.................................. 464
2.3.5 Otros 465

CAPÍTULO XII
LAS UNIONES ESTABLES DE HECHO (SEGÚN LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA)

1. Introito..................... 469
2. El concubinato.. 470
3. Las uniones concubinarias según la decisión 1682 del 15-7-05 de la Sala Constitucional (interpretación del artículo 77 de la Constitución)................ 479

4. Las uniones estables de hecho según la decisión 190 del 28-2-08 de la Sala Constitucional (igualdad *vs* uniones de hecho homosexuales).. 493

CAPÍTULO XIII
EL CÁLCULO DE LA CONCEPCIÓN

1. Generalidades 505
2. La concepción 507
3. El cálculo de la concepción 512
3.1 Antecedentes 512
3.2 El artículo 213 CC 518
3.3 Consideraciones sobre el cálculo 522
3.3.1 Noción de cálculo 522
3.3.2 Imprecisión 523
3.3.3 Forma de cálculo 526
3.4 Importancia 532
Bibliografía 539

Capítulo I

La Familia

1. **Noción e importancia.**
2. **El derecho de familia.**
3. **El parentesco.**
4. **Potestades y órganos familiares.**

1. NOCIÓN E IMPORTANCIA

La tradicional noción de la familia como célula fundamental de la sociedad, si bien reiterada o remanida, ciertamente es expresiva de la trascendencia de tal institución[1]. Idea reflejada en el artículo 75 de la Constitución que indica: "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de

[1] Véase: Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni: *Manual de Derecho de Familia*. Argentina, Astrea, 3ª edic., 1992, p. 8, "Desde la óptica de la sociología, la familia es sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social en base a pautas estables de la sociedad". Así las cosas –agregan los autores– "carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia (*Ibid*., p. 9).

las personas...”[2]. “Las relaciones familiares se han convertido en parte sustancial de las preocupaciones constitucionales”[3].

La familia es un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma; es connatural al hombre[4]. Efectivamente, además del sentido de asociación que acompaña al ser humano desde siempre, surge una agrupación que supera lo social y presenta un origen generalmente biológico, pues se inicia con las relaciones afectivas y sexuales de una pareja que pueden asumir forma jurídica (matrimonio, concubinato) y desencadenar en la reproducción.

Cada individuo precisa crecer en un entorno afectivo apto que le permita el sano desarrollo de su personalidad. Así en el crecimiento del niño y su paso a la socialización, cumple un papel fundamental la “familia”[5], al menos en un sentido referido al importante valor de la paternidad o la maternidad. Posteriormente a medida que el niño crece busca –por necesidad– relacionarse socialmente y ampliar el espectro de seres que lo rodean. Mas sin embargo, sus primeros tiempos de vida difícilmente

[2] Véase también: *Convención Americana de Derecho Humanos,* art. 17, “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En el mismo sentido se pronuncia la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16, inciso 3°. En sentido semejante se aprecia el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, que prevé en su art. 10, num. 1° “Se debe reconocer a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles...”; Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, art. VI, “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella“. Véase: Errázuriz T., Cristina: *Sobre la protección internacional de la Familia.* En: *Revista Chilena de Derecho* Vol. 21, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, mayo-agosto 1994, pp. 365-370.

[3] Burt, Robert A.: *La constitución de la familia.* En: *Derecho, infancia y familia.* Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Mary Belfo (compiladora), Barcelona, edit. Gedisa, 2000, Trad. Gimol Pinto, p. 37.

[4] Lacruz Berdejo, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia.* Barcelona, José María Bosch editor S.A., 3ª edic., 1990, Vol. I, p. 11.

[5] Véase: *Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira,* Sent. 10-1-07, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/1343-10-30955-.html “Analizando la importancia de la familia en nuestra sociedad, se desprende que es individual y social, individual por ser la mejor solución para las deficiencias humanas, la familia permite que el hombre se realice beneficiosamente y es social por las funciones de conservación y preparación del individuo para la vida en sociedad, razón por la que se afirma que la familia es la célula fundamental de la sociedad. La familia es una institución natural, de fondo ético y de alcance social, la cual por ser primordial en la sociedad como ya lo afirmamos anteriormente, responde a una serie de instintos y sentimientos de naturaleza humana”.

hubiesen sido posible sin el soporte de sus protectores naturales o familiares inmediatos[6]. Posteriormente, en su crecimiento a la adultez es posible que el ser humano sienta que la familia no representa el carácter fundamental de la época de su infancia, pero en algún momento de su vida en que precise el apoyo de un ser cercano, retomará la importancia del afecto y auxilio familiar al margen del tiempo transcurrido.

El niño requiere para su sana evolución integral de una "familia"; ésta constituye el entorno propicio para cubrir las necesidades afectivas y materiales del ser en humano. La intervención del Estado en tan delicada función podría ser necesaria, pero ciertamente no será la más idónea en la formación del menor, situación que en forma clara y sincera admitió la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente[7] de 1998[8] en su Exposición de Motivos al concederle un papel preeminente en materia de colocación a la familia o los terceros, sobre el Estado, que por su condición de persona incorporal no puede suplir la carencia afectiva del niño[9]. En el mismo sentido se aprecia el artículo 7 de la Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad[10].

---

[6] Véase: Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos, 6ª edic., 1995, T. IV, p. 34, "La familia es el cauce con el que logra la satisfacción de las necesidades primarias del individuo, sobre todo en aquellos casos en que, por su corta edad o por cualquier otra causa similar, no puede alcanzar este resultado por sí solo. En estas ideas tiene su entronque algunas de las instituciones claves del Derecho familiar como es la obligación de alimentos entre parientes"; Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, p. 13, el hombre durante bastantes años a partir de su nacimiento no puede vivir con independencia, pues necesita cuidados, alimentos, crianza que los obtiene de su familia.

[7] En lo sucesivo LOPNA.

[8] *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 5.266 del 2 de octubre de 1998.

[9] Véase: Exposición de Motivos, IX Instituciones Familiares: "...Sin embargo, el Estado no está concebido para tutelar uno o varios niños en particular, ya que su obligación es tutelar los derechos de todos los niños en general. Los niños y adolescentes requieren, para ser debidamente cuidados y protegidos, de un responsable civil y no de un ente abstracto que no tiene rostro, ni sentimientos y está ausente en los momentos más importantes de la vida de esos niños y adolescentes...". Véase también: artículo 7 de la Ley para protección de las familias, la maternidad y la paternidad: "El Estado promoverá la participación de las familias en los programas de familias sustitutas, incentivando la sensibilización y su formación para el cumplimiento de dicha corresponsabilidad del Estado, en el marco de los principios de solidaridad social...".

[10] En lo sucesivo LPFMP. Dicha norma dispone: "El Estado promoverá la participación de las familia en los programas de familias sustitutas, incentivando la sensibilización y su formación para el cumplimiento de dicha corresponsabilidad con el Estado, en el marco de los principios de solidaridad social.

Los consejos comunales incentivarán la incorporación de las familias de su comunidad, a los programas de familias sustitutas promovidos por los órganos competentes".

Esa necesidad de afecto y apoyo que el ser humano reclama de sus familiares, es reconocida por el ordenamiento en múltiples normas que forman parte fundamental del Derecho de Familia. De allí el título de la materia objeto de estudio.

La expresión familia es considerada a veces en sentido estricto o limitado y otras en sentido amplio o lato, según aluda, respectivamente a los parientes inmediatos y que generalmente habitan una misma casa (padres, hijos y en ocasiones hermanos y abuelos) o simplemente a quienes descienden unos de otros o de un tronco común o están vinculadas por un vínculo jurídico (matrimonio, afinidad, etc.). Algunos distinguen entre familia en sentido escricto o nuclear que incluiría sólo pareja e hijos y la familia en sentido amplio que comprende todas las personas ligadas entre sí por parentesco[11]. La expresión restringida se limitaría a los vínculos más inmediatos (padres e hijos)[12]. Las normas del ordenamiento jurídico podrán dirigirse en uno u otro sentido según el contexto de que se trate[13].

La familia representa así el núcleo de apoyo inmediato del ser humano; lo cual se proyecta en sus necesidades afectivas y materiales básicas. El considerable número de divorcios que se aprecia modernamente no constituye en esencia un desmembramiento de la institución familiar, que no se limita a la institución matrimonial, y que en todo caso de mediar hijos, éstos son una muestra evidente de que las instituciones familiares, así como las potestades derivadas de ellas, trascienden a la extinción o la forma de las relaciones que le dio origen[14].

---

[11] Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.*, pp. 30 y 31, los autores indican que cuando la ley se refiere a "familia" debe entenderse en principio a la nuclear, salvo que la ley denote otra interpretación. Pero respecto al Derecho Venezolano tal interpretación o conclusión no encuentra mayor soporte.

[12] Véase: López Herrera, Francisco: *Derecho de Familia.* Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello" y Banco Exterior, 2ª edic., 2006, T. I, p. 6; Torres-Rivero, Arturo Luis: Derecho de Familia. Parte General. Caracas, Facultad de Derecho, 1967, p. 36.

[13] Véase: Sojo Bianco, Raúl: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones.* Caracas, Edit. Mobil Libros, 1990, pp. 10 y 11; Grisanti Aveledo de Luigi, Isabel: *Lecciones de Derecho de Familia.* Valencia, Vadell Hermanos Editores, 5ª edic., 1991, p. 21; Torres-Rivero, *Ob. Cit.*, p. 36, la ley se refiere a la familia en distintos sentidos, desde el más restringido hasta el más amplio.

[14] La Reforma de la LOPNA, esto es, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo sucesivo LOPNNA) contiene un orientación en este sentido, Véase citado como "Exposición de motivos" de esta última (*Gaceta Oficial* Extraordinario Nº 5.859

Es bien sabido, que la formación personal del individuo en el ámbito moral, social, religioso, político, profesional, etc., en gran medida es producto de la educación familiar y de allí la importancia de esta última. Se llega al punto de atribuir algunos posibles conflictos o trastornos de conducta del ser humano a situaciones que pudieron propiciarse en el seno familiar; lo que denota al margen de que ello sea cierto, que el papel y la necesidad de la familia en el desarrollo integral del ser humano difícilmente puede ser suplido por otra figura o institución.

"La familia sigue siendo una correa de transmisión de las ideologías de una generación a otra. Es el caldo donde proliferan los valores y se regenera el tejido social, por eso la familia constituye el mejor antídoto contra la anomía y la desorganización social"[15].

Se admite que no existe un concepto único de familia[16] y se podría distinguir un concepto biológico, sociológico y jurídico de familia: el primero, fundado en la unión de la pareja y los lazos de sangre; el segundo,

---

del 10 de diciembre de 2007) en http://tsj.gov.ve/legislacion/lopna.htm (consultada en febrero de 2008), "...se establece la absoluta igualdad del hombre y la mujer en la responsabilidad de crianza, instituyendo su ejercicio compartido e irrenunciable, inclusive en caso de separación o disolución del vínculo matrimonial del padre y la madre. Con ello se adecua la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998 al principio de coparentalidad en la crianza de los hijos e hijas contemplado en el artículo 76 de la Carta Magna".

[15] Juárez, Miguel: *Cambios sociales que afectan al menor y la familia.* En: *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones.* Madrid, Universidad Pontificia Comillas, Instituto Universitario "Matrimonio y Familia", Nueva Serie III, 1998, p. 32.

[16] Véase: Troglio, Federico: *La Familia.* www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml, "No hay un concepto delimitado de ella. La ley no da una definición. Para definirla se buscaron diversos elementos: sujeción (de los integrantes de la familia a uno de sus miembros), la convivencia (los miembros de la familia viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa), el parentesco (conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad), la filiación (conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o la filiación, aunque excepcionalmente por la adopción)". Véase también: Barrios, Haydée: *Nuevas Tendencias en el Derecho de Familia.* En: *Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 237-243; Madrid Ramírez, Raúl: *¿Es el concepto jurídico de Familia un principio general del Derecho?* En: *Revista Chilena de Derecho* Vol. 21, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, mayo-agosto 1994, pp. 245-257; Soto Kloss, Eduardo: *La familia en la Constitución Política.* En: *Revista Chilena de Derecho* Vol. 21, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, mayo-agosto 1994, p. 224, la familia es el núcleo de la sociedad, pues ésta no es sino un conjunto de familias.

puede atender a éstos pero agrega los individuos unidos por otros intereses; finalmente el jurídico, presenta un contenido más amplio que incluye la pareja (matrimonio o concubinato), descendientes, ascendientes y colaterales. El CC no precisa el concepto de familia pero señala los tipos, líneas y grados del parentesco, así como regula las relaciones entre esposos y parientes[17]. La familia estaría conformada por quienes están unidos por matrimonio o filiación, (incluyendo en ésta la "adopción") que se traducen para algunos en las *fuentes* de la familia[18], que coinciden con las fuentes del estado civil (actos jurídicos, hechos jurídicos o sentencia)[19]; a lo anterior debe agregarse el concubinato. Y de allí que la doctrina afirme que la familia es el conjunto de personas enlazadas por un vínculo jurídico[20]. Los cambios sociales y culturales han abierto el concepto de familia a organizaciones familiares diversas[21]; igualmente los avances científicos han afectado sustancialmente algunas instituciones relativas a la materia[22].

---

[17] Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez: *Derecho de Familia y Sucesiones.* México, edit. Harla, 1990, pp. 8 y 9.

[18] Bonnecase, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil.* México, edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995, Traducción Enrique Figueroa Alfonzo, pp. 103 y 104, las califica en fuentes constitutivas de la familia. Véase también refiriéndose a las fuentes legales propias (matrimonio, filiación y adopción) e impropias (concubinato, entre otros) de la familia; Torres-Rivero, *Ob. Cit.*, pp. 47-54; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 24, señala que las relaciones jurídicas familiares tienen como fuente el matrimonio, la filiación y la adopción.

[19] Pues en definitiva, uno de los estados es el "familiar". Respecto de la fuente del estado civil se distingue la ley (presunción de paternidad), el acto jurídico (matrimonio, reconocimiento); el hecho jurídico (el nacimiento o la muerte), la decisión judicial o sentencia (de inquisición de la paternidad, de adopción, incapacitación) y algunos añaden el acto complejo en el caso de la naturalización. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *El Estado Civil.* En: *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona.* Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, T. I, pp. 392 y 395.

[20] D'Jesús, Antonio: *Lecciones de Derecho de Familia.* Caracas, Paredes Editores, 1991, p. 1.

[21] Del Moral, Anabella: *El rol de la familia en la doctrina de la protección integral.* En: *Studia Iuris Civiles.* Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 168 y 169.

[22] Véase: Goyena Copello, Héctor Roberto: *Los nuevos horizontes del derecho de familia y la necesidad de protección de la persona en la normativa civil y tipificación penal.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia,* Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 171-182. Indica el autor que en la actualidad el derecho de familia presenta nuevos horizontes, como horizontes de la persona en sí... y están cambiando los parámetros que hasta ayer eran prácticamente inconmovibles. (*Ibid.*, p. 172).

La Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad[23] dispone en su artículo 3:

> A los efectos de esta Ley, se entiende por familia, la asociación natural de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo de sus integrantes, constituida por personas relacionadas por vínculos jurídicos o de hecho, que fundan su existencia en el amor, respeto, solidaridad, comprensión mutua, participación, cooperación, esfuerzo común, igualdad de deberes y derechos, y la responsabilidad compartida de las tareas que implican la vida familiar: En tal sentido, el padre, la madre, los hijos e hijas u otros integrantes de las familias se regirán por los principios aquí establecidos.

La referida ley especial asume el concepto amplio de familia al referirse no sólo a padre, madre e hijos sino a "otros integrantes", así como también incluye en el mismo el concubinato por ser un vínculo de hecho[24]. La LOPNNA en su art. 345 se refiere a "familia de origen" entendiendo ésta la que "está integrada por el padre y la madre, o por uno de ellos y sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad".

2. EL DERECHO DE FAMILIA[25]

Si la "familia" como institución resulta obviamente importante y fundamental, por consecuencia lógica también lo serán las normas jurídicas que se ocupen de su regulación. Se distinguirán así un conjunto de disposiciones de derecho que regulan la familia o las instituciones familiares, y que deben estudiarse a la par de los preceptos constitucionales y legales que conforman el "Derecho de Familia". Derecho que como es natural es posterior a la familia[26]. Su definición es de origen doctrinal

[23] *Gaceta Oficial* (G.O.) N° 38.773 del 20-9-07.
[24] Aunque para producir efectos jurídicos deba ser declarado judicialmente.
[25] Véase: Torres-Rivero, Arturo Luis: *Evolución y perspectivas del Derecho de Familia.* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 78. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1990, pp. 223-240.
[26] Véase: Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, p. 15, El Derecho, frente al hecho "familia" en sentido amplio es un posterius, el legislador no la crea sino que se limita a regularla.

pues generalmente las leyes no la consideran[27]. El Derecho de Familia está marcada por un fuerte contenido de orden público, en razón del rol vital que le reconoce el Legislador a la '*familia*', como figura esencial para el desarrollo integral del ser humano en su tránsito hacia la socialización y realización personal[28].

El "*Derecho de Familia*" constituye la rama del Derecho Civil[29] que regula las relaciones o instituciones familiares[30]. Estas últimas vendrían dadas por una noción de familia en sentido amplio que abarca instituciones que se reflejan en el programa de la materia, tales como el parentesco, la obligación de alimentos, la filiación[31], el matrimonio y el concubinato.

Dentro del Derecho Civil, la cercanía de las ramas del Derecho de Familia y el Derecho de la Persona (Derecho Civil I) es evidente por la complementariedad de algunas de sus instituciones. Así se aprecian temas fundamentales del Derecho de la Persona para el Derecho de Familia, tales como el estado civil, la posesión de estado, el registro del estado civil, los regímenes de incapaces, tales como la patria potestad[32]

---

[27] Véase: Torres-Rivero, *Derecho...,* pp. 3 y 4.
[28] Véase Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 18-11-05, Exp. N°: N° 1119, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/1141-18-N°1119-DEFINITIVA.html: "Lo que atañe al derecho de familia son las situaciones de hecho en estado puro, consideradas antes de los efectos jurídicos que las leyes y la jurisprudencia hayan podido atribuirles desde una perspectiva formalista. La finalidad del derecho de familia no es la transformación de la familia por la imposición de reglas normativas, sino garantizar, proteger y coadyuvar el proceso de transformación de la asociación natural con una visión propia y autónoma que nace de este derecho social consagrado en la vigente Constitución".
[29] Al comenzar a estudiar el Derecho Civil, se indica que éste constituye el "Derecho privado general", es decir, el Derecho Privado que no constituya una rama especial del derecho privado, como el es caso del Derecho Mercantil. El Derecho Civil está conformado por varias ramas que se proyectan en el *pensum* de la carrera; Derecho Civil I Personas, Derecho Civil II (Bienes y Derechos Reales), Derecho Civil III (Obligaciones), Contratos y Garantías, Derecho de Familia y Sucesiones.
[30] Véase: Parra Benítez, Jorge: *Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores.* Bogotá, edit. Temis, 4ª edic., 2002, p. 175, "como apenas es obvio, el objeto del Derecho de Familia es la familia"; Torres-Rivero, *Derecho...,* p. 4, indica que el Derecho de Familia *strictu sensu,* es el cuerpo de reglas jurídicas, personales y patrimoniales, atinentes a las personas como miembros del grupo familiar.
[31] Incluyendo en ésta la adopción.
[32] En supuestos de divorcio donde existan niños o adolescentes.

o la interdicción[33], entre otros[34]. De hecho, en algunos textos extranjeros de Derecho de Familia se incluyen la patria potestad y la tutela, que en Venezuela generalmente se estudian en Personas o Derecho Civil I[35]. El Derecho de la Persona presenta en principio un contenido "extrapatrimonial" o no pecuniario que podría estar presente, aunque no necesariamente –dado el contenido patrimonial de algunas instituciones familiares–[36], en algunas instituciones del Derecho de Familia. Pero en todo caso, buena parte de las normas que rigen ambas materias tienen un marcado contenido de "orden público", esto es, cargado de reglas imperativas o taxativas que están sustraídas del principio de la autonomía de la voluntad. La voluntad tiene cabida en esta materia en la medida que la propia ley lo permita, lo que hace en múltiples oportunidades[37].

Es de indicar que la presencia de normas imperativas o de "orden público" de las cuales está impregnada algunas normas del Derecho de Familia, no da pie para considerar su ubicación dentro del ámbito del "Derecho Público"[38]. Es bien sabido que no existe un solo criterio determinante en la discutida distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, ni siquiera en base al elemento del "*imperium*" o superioridad del Estado en las relaciones de Derecho Público y la igual-

[33] Las normas que en la materia afectan al matrimonio, tales como la delación y la administración de la comunidad conyugal, así como la interdicción como causal de divorcio.
[34] Tales como el inicio de la personalidad que incluye el cálculo de la concepción, la situación del concebido y la incidencia de la técnica en el comienzo de la vida; la muerte (clínica y cerebral), la conmoriencia y su relevancia en materia sucesoral, etc.
[35] Inclusive algún autor venezolano considera que los regímenes de incapaces corresponden al Derecho de Familia. Véase: Rodríguez, Luis Alberto: *Comentarios sobre el Derecho de Familia.* Caracas, Librosca, Colección Hammurabi 5, 2006, p. 32, indica que las ramas del Derecho Personal Familiar abarca la constitución y disolución de la familia, el derecho parental y las "instituciones de educación y protección del incapacitado".
[36] Como es el caso de la obligación de alimentos o el régimen patrimonial del matrimonio o del concubinato.
[37] Véase sobre tal aspecto: De Freitas De Gouveia, Edilia: *La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2007. Trabajo presentado para ascender a la categoría de profesor Asistente.
[38] Véase refiriendo tal relación: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 18, 22 y 23, cita a Cicú, quien defendió la tesis de la afinidad con el Derecho Público pero años después rectificó su posición. Véase considerando que "su ubicación más adecuada sería el Derecho Público" dado el signo de orden público que la caracteriza: Bocaranda E., Juan José: *Guía Informática Derecho de Familia.* Caracas, Tipografía Principios, 1994, T. I, p. 105; Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 31.

dad en el Derecho Privado[39], lo que se hace evidente en ciertas situaciones jurídicas[40], como es la relación paternofilial de menores de edad. Sin embargo, ello no es óbice para la ubicación de la materia en el espectro del Derecho Privado. Diez-Picazo y Gullón señala: "no creemos que se pueda preconizar un alejamiento del Derecho de Familia del marco del Derecho privado en pro de una adscripción o de una aproximación del mismo al Derecho Público"[41], pues el legislador civil toma en cuenta el interés colectivo en cualquier disciplina[42]. El Derecho de Familia ciertamente pertenece al Derecho Privado y específicamente constituye una rama del Derecho Civil. De allí la denominación utilizada por Torres-Rivero de "Derecho Civil Familiar"[43] o "Derecho Familiar" que indica Güitrón Fuentevilla[44].

Tal Derecho está determinado por la posición del individuo frente a la familia, a saber, el estado civil familiar, del cual se desprenden como necesario contenido del estado un conjunto de deberes y derechos. A veces se alude a que se trata de un Derecho Extrapatrimonial para denotar que conjuntamente con el Derecho de la Persona ocupa por su naturaleza un "lugar peculiar"[45] y un contenido ajeno en principio a lo

---

[39] Véase: Martín-Retortillo Baquer, Sebastián: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones.* Madrid, edit. Civitas, 1996, p. 23, indica que la igualdad entre las partes tal y como ha sido comúnmente entendida es uno de esos conocidos mitos jurídicos faltos de un contenido real, no en todos los contratos privados podemos encontrar esa igualdad de las partes.

[40] Como es la materia de menores y laboral; en tales casos, una de las partes ocupa una posición preeminente rompiendo con la igualdad característica del Derecho Privado, lo que propicia la protección del Estado a través de normas jurídicas que logren compensar la hiposuficiencia jurídica de una de las partes. Algunos han calificado tal materia como "Derecho Social" (aunque en esencia todo Derecho es social, pues regula la conducta humana en sociedad). De allí, que el artículo 262 de la Constitución en su parte final indica a propósito de las Salas que componen el Máximo Tribunal que "La Sala Social comprenderá lo referente a la casación agraria, laboral y de menores".

[41] Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.*, p. 37, agregan que seguramente no se puede negar la existencia de un interés público en la organización de la familia o en algunos de los puntos clave de ésta, pero no nos parece que sea distinto al que se observa en el resto de la legislación.

[42] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, p. 20.

[43] Véase: Torres-Rivero, *Derecho...,* p. 15.

[44] Véase: Güitrón Fuentevilla, Julián: *Prospectivas del Derecho Familiar.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia,* Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, p. 5, el autor indica que resulta más conveniente referirse a "Derecho Familiar" que Derecho de Familia.

pecuniario, a diferencia de otras ramas del Derecho Civil[46] asociadas generalmente a lo patrimonial y a la autonomía de la voluntad–. A ello se le objeta que el Derecho de Familia sí presenta un contenido patrimonial que viene marcado por temas o instituciones como la obligación alimentaria, el patrimonial del matrimonio y del concubinato, etc.; y de allí se aluda a "*Derecho patrimonial de Familia*"[47]. Por ello, acertadamente se indica que en todo caso se aprecia la *subordinación de lo patrimonial a lo personal*, toda vez que tales relaciones pecunarias tienen lugar en razón del elemento familiar[48]. Situación similar a la que se plantea en cierta área del Derecho de Sucesiones.

Finalmente, dentro del sentido de orden público que presentan las normas del Derecho de Familia, por el cual no encuentra aplicación el principio de la autonomía de la voluntad o más precisamente la voluntad entra en juego cuando la propia ley lo permite[49], la doctrina señala algunos caracteres derivados del Derecho de Familia[50]: la limitación de la representación voluntaria; la no admisión de la modalidad de la condición o término, así como de la renuncia o transmisión de derechos; la intervención de la Autoridad, la reciprocidad de deberes y derechos[51],

---

45 Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 27, señala "puede decirse que el Derecho de Familia, rama del Derecho Civil y por ende Derecho Privado, ocupa (junto con el Derecho de Personas) un lugar peculiar dentro de aquél, precisamente por la estructura de sus normas"; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 46.

46 Bienes, *Obligaciones y Contratos.*

47 Véase para referirse a la parte patrimonial de la materia: Reyes Ríos, Nelson: *Derecho patrimonial de Familia.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 697-714.

48 Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 19.

49 Véase: De Freitas De Gouveia, *Ob. Cit.*

50 Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 26-32; Torres-Rivero, *Derecho...,* pp. 17-24; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores del Estado Lara, Sent. 9-10-03, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2003/octubre/650-9-KP02-R-2003-00890-.html "El Derecho de Familias en nuestra Legislación presenta características singulares que la distinguen de las otras ramas del Derecho Civil... contenido ético... carácter del transpersonalismo... primacía de las relaciones personales sobre las patrimoniales... Orden Público..."

51 Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 20-22; Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 47-50. Rodríguez, *Ob.. Cit.,* pp. 27-31. Véase también: artículo 5 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad; art. 137 del Código Civil y 77 de la Constitución.

contenido ético o moral[52], carácter transpersonalísimo porque trasciende al interés individual[53], el predominio de las relaciones personales y la subordinación de lo patrimonial a estas últimas[54]. El autor colombiano Parra Benítez alude incluso a los principios del Derecho de Familia, entre los que ubica la igualdad[55], la unidad familiar, el respeto, la reserva, la protección, los intereses prevalentes, la favorabilidad, entre otros[56].

Se presenta así el Derecho de Familia, como la rama especial del Derecho de Privado[57] que estudia las *relaciones jurídicas familiares*[58] y que abarca –según la doctrina– tres grandes instituciones: el matrimonio, filiación y obligación alimentaria[59], a lo que habría que agregar el "concubinato" por sus importantes efectos equipables a la unión matrimonio por imperativo del artículo 77 de la Carta Magna[60]. La adopción

[52] Véase: Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.*, p. 42; Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, p. 16; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 47; Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 188.
[53] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, pp. 16 y 17, a diferencia de otras ramas del Derecho privado no predomina el interés individual; Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 188, subordinación del interés individual al interés superior de la familia o colectivo.
[54] Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 188.
[55] Véase: art. 5 LPFMP: "El principio de igualdad de derechos y obligaciones entre las y los integrantes de las familias constituye la base del ejercicio del principio de la responsabilidad compartida y la sociedad familiar, y su cumplimiento contará con el apoyo del Estado y sus órganos; y promoverán políticas, programas, proyectos y acciones dirigidas a apoyar dicho principio".
[56] Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.*, pp. 198-207.
[57] Véase también: Baqueiro y Buenrostro, *Ob. Cit.*, p. 10, definen al Derecho de Familia como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación.
[58] En efecto, entre familiares tienen lugar relaciones jurídicas recíprocas o situaciones jurídicas, que suponen deberes y derechos de ambas partes. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La persona: ideas sobre su noción jurídica.* En: *Revista de Derecho* N° 4, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 326 , señalamos que el matrimonio o la filiación constituyen ejemplos de relaciones jurídicas recíprocas o situaciones jurídicas de contenido extrapatrimonial. Véase sobre la relación jurídica familiar: Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 23-28.
[59] Véase Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 23 y 24.
[60] Véase *infra* N° XI y XII. 3. Véase sentencia TSJ/Sala Const, Sent. N° 1682 del 15-7-05. Véase igualmente: Soto Álvarez, Clemente: *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil.* México, Limusa Noriega Editores, 3ª edic., 1998, p. 92, el autor mexicano también incluye en las fuentes del derecho de familia, además del matrimonio, la filiación y la adopción, al concubinato, porque el Derecho le reconoce consecuencias jurídicas y considera que temas como la patria potestad y la tutela (que en nuestro *pensum* se estudian en Personas o Derecho Civil I) como instituciones protectoras de incapaces también deben conformar el Derecho de Familia.

no valdría la pena referirla autónomamente, pues como indica Parra Benítez " es un tipo de filiación"[61], porque genera un vínculo igual al estado filiatorio. Para algunos podría diferenciarse entre lo personal y lo patrimonial, propiciando una distinción entre derecho personal familiar y derecho patrimonial familiar[62], pero lo económico si bien importante no es relevante a los efectos de una clasificación sustancial, porque tal elemento ciertamente estará presente en diversas instituciones familiares[63] pero como un elemento subordinado y por vía de consecuencia.

Comenta Torres-Rivero que la protección a la familia se palpa en todo el orden jurídico, en preceptos constitucionales, en lo estrictamente civil, penal, administrativo, social, fiscal, político, económico, sustantivo o adjetivo, en definitiva en el Derecho de Familia. Pero acertadamente indica el autor "Dejando a salvo este alcance lato, estudiaremos dicha disciplina, más bien, en cuanto atañe solamente a la cuestión jurídico-civil, al status de la familia; en otras palabras, nos concretaremos al análisis del Derecho de Familia desde el ángulo de la normativa del Código Civil y de ciertas leyes especiales que lo complementan, o sea, al Derecho Civil Familiar"[64]. Valdría hacer la misma consideración y señalar que el alcance del presente estudio se limita a la protección civil de la familia, sin dejar de lado algunas referencias a leyes especiales y obviamente a la Constitución como norma suprema de orden superior.

3. EL ESTADO FAMILIAR

La teoría general del "estado civil"[65], en su concepto amplio, presenta tres estados: *civitatis,* familiar y personal[66]. Dentro del estado familiar

---

[61] Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 176.
[62] Véase: Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 32. Vale recordar la calificación de "Derecho patrimonial de Familia" utilizada por Reyes Ríos, (*Ob. Cit.*, pp. 697-714).
[63] Por ejemplo, la obligación de alimentos, las capitulaciones matrimoniales, la comunidad conyugal, la separación de bienes, los efectos patrimoniales del concubinato, etc.
[64] Torres-Rivero, *Derecho...,* p. 11.
[65] Entendiendo éste como el conjunto de condiciones o cualidades a los que el Derecho le concede efectos jurídicos, o también, la posición del individuo frente a diversas instituciones.
[66] Esto es, *civitatis*, familiar y personal. Véase: Domínguez Guillén, *El estado civil...,* pp. 371-381; Pérez Alfonzo, J. P.: *Estado de las personas.* En: *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho* N° 2, Universidad Central de Venezuela, 1946, p. 24, el estado familiar contiene las relaciones que la persona tenga con otras que forma la familia a la que pertenece, y que determinan su condición de hijo o de padre, cónyuge o hermano y, en general, de pariente por consanguinidad, afinidad o adopción.

o posición del individuo frente a la familia se estudian u ubican fundamentalmente la situaciones relacionadas con el matrimonio, parentesco y concubinato[67]. Se señalan entre los caracteres del estado familiar las características comunes al "estado civil"[68] marcadas por la noción de orden público, tales como la intransmisibilidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad, alternatividad o unicidad, oponibilidad (*erga omnes*), estabilidad o permanencia y universalidad (comprende toda relación familiar)[69].

La situación de una persona respecto del *matrimonio*, en el sentido de si ha o no contraído tal vínculo, y en caso positivo la suerte respecto del mismo, propiciando los estados de soltero, casado, viudo, divorciado o separados de cuerpos[70]. El estado de casado surge a raíz del matrimonio, generando deberes y derechos en el ámbito personal y patrimonial, a los que nos referiremos con posterioridad[71].

El *parentesco* constituye el soporte del concepto de familia. El parentesco es un vínculo o nexo jurídico que une las personas en razón de la sangre o de la ley. Al parentesco en razón de la sangre[72] se le denomina *consanguinidad*[73] y al que impone la ley sin mediar un vínculo de sangre *afinidad*[74]. Este último se da entre la persona y los parientes consanguíneos de su cónyuge, y tiene lugar en la misma línea y grado[75]. El estado de pariente por consanguinidad representa la situación recíproca de las personas que descienden unas de otras o de un autor común[76]. El

---

[67] Domínguez Guillén, *El estado civil...,* pp. 373-378.
[68] Véase: *Ibíd*., 385-392.
[69] Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.*, pp. 19-23.
[70] Domínguez Guillén, *El estado civil...,* p. 375. Véase: *Ídem*, nota 83, indicamos que el estado de "soltero" es irrecuperable una vez que opera el matrimonio, salvo el supuesto excepcional de la nulidad que pretende borrar jurídicamente dicho vínculo.
[71] Véase *infra* N^os^ III y IV.
[72] No obstante, también se aprecia la consanguinidad legal derivada de la adopción en la cual no media un vínculo de sangre, pero igualmente existe parentesco. Véase: Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, p. 43, el parentesco por adopción vale lo mismo que el de por consanguinidad; Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.*, pp. 89 y 90, señala que el parentesco puede ser por consanguinidad, afinidad y civil, este último surge de la adopción.
[73] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 55-70.
[74] Denominados coloquialmente "parientes políticos". Véase sobre el mismo: *ibíd*., pp. 70-76.
[75] Véase: Soto Álvarez, *Ob. Cit.*, p. 109, el matrimonio es la fuente del parentesco por afinidad.
[76] Bonnecase, *Ob. Cit.*, p. 139.

mismo se divide en línea *recta* (descienden los unos de los otros, ejemplo, abuelos, padres, hijos, nietos...) y en línea *colateral* (descienden de un tronco común aunque no los unos de los otros, ejemplo, hermanos o primos)[77]. El grado del parentesco se determina por la distancia entre los parientes[78]. En todo caso hay tantos grados cuantas generaciones menos una, por lo que siempre debe restarse un grado o generación[79]. Todo ello se deduce de los artículos 37[80], 38[81], 39[82] y 40[83] del CC.

Los efectos del parentesco vienen determinados por el tipo de parentesco y por la proximidad en los grados, pues "la cercanía o lejanía del parentesco determina la intensidad de sus efectos"[84]. Ciertamente el parentesco por consanguinidad en efectos es mucho más relevante que el de afinidad que ha quedado relegado a considerarlo para algunas prohibiciones o impedimentos. Dentro del parentesco por consanguinidad los efectos de mayor trascendencia personal y patrimonial acontecen

---

[77] Véase: Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.*, p. 32; Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.*, 1974, p. 78.
[78] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 26-30; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 53, es la medida de la distancia mutua; Bocaranda, *Ob. Cit.*, pp. 189 190, para determinar el parentesco se cuentan los grados o generaciones (son sinónimos) que separan a los parientes; cada generación es un grado de manera que contando el número de generaciones sabemos cuál es el grado del parentesco.
[79] Bocaranda, *Ob. Cit.*, p. 193.
[80] "El parentesco puede ser por consanguinidad o por afinidad.
El parentesco por consanguinidad es la relación que existe entre las personas unidas por los vínculos de la sangre.
La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones.
Cada generación forma un grado".
[81] "La serie de grados forma la línea.
Es línea recta la serie de grados entre personas que descienden una de otra.
Es línea colateral la serie de grados entre personas que tienen un autor común, sin descender una de otra.
La línea recta es descendente o ascendente.
La descendente liga al autor con los que descienden de él.
La ascendente liga a una persona con aquéllas de quienes desciende".
[82] En ambas líneas hay tantos grados cuantas son las personas menos una.
En la recta se sube hasta el autor.
En la colateral se sube desde una de las personas de que se trata hasta el autor común, y después se baja hasta la otra persona con quien se va a hacer la computación.
[83] La afinidad es el vínculo entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.
En la misma línea y en el mismo grado en que una persona es pariente consanguíneo de uno de los cónyuges, es afín del otro.
La afinidad no se acaba por la disolución del matrimonio, aunque no existan hijos, excepto para ciertos efectos y en los casos especialmente determinados por la Ley.
[84] Baqueiro y Buenrostro, *Ob. Cit.*, p. 23.

en razón del estado filiatorio entre padres e hijos, esto es, en razón de la paternidad o la maternidad. Los mismos pueden ser personales o patrimoniales, y dentro de éstos ocupa un lugar fundamental la vocación hereditaria y la obligación de alimentos, según veremos[85]. Se podrán presentar también derechos sucesorales y de alimentos respecto de otros parientes distintos a los inmediatos (padres e hijos) y de allí la importancia del tema.

El parentesco no se extingue[86]. Si la consanguinidad constituye un vínculo de sangre ciertamente por imperativo natural no desaparece; y la adopción que se le equipara jurídicamente a la filiación aunque no medie vínculo de sangre es irrevocable[87]. En cuanto al parentesco por afinidad por previsión expresa del artículo 40 CC: "La afinidad no se acaba por la disolución del matrimonio, aunque no existan hijos, excepto para ciertos efectos y en los casos especialmente determinados por la Ley*"*. Inclusive la afinidad es indisoluble[88] y por ende subsiste para muchas prohibiciones legales[89], aun cuando la extinción del vínculo que le dio origen la pueda haber hecho inefectiva como es el caso de la pérdida de la legitimación activa en materia de interdicción de no mediar hijos comunes[90]. De resto, no produce los efectos del paren-

---

[85] Véase *infra* N° VI. 5.
[86] Véase Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 32, aclara acertadamente el autor que el parentesco ni siquiera se acaba con la muerte, pues de ser así se perdería la vocación hereditaria.
[87] Véase art. 508 LOPNNA.
[88] Véase: Planiol, Marcelo y Georges Ripert: *Derecho Civil.* México, edit. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, 1996, Traducción Leonel Pereznieto Castro, p. 285, "contra lo que comúnmente se cree, el parentesco por afinidad sobrevive la matrimonio del cual se derive. El adagio: muerta mi hija, muerto mi yerno, no es exacto como se advierte...". En el mismo sentido: Bonnecase, *Ob. Cit.*, p. 107.
[89] Aquellas en que se exige que no se puede ser pariente dentro del segundo grado de afinidad: 87 CC, 98 CC, 82 ord. 1° Código de Procedimiento Civil.
[90] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil.* Colección Nuevos Autores N° 1. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2 edic., 2006, pp. 420 y 421, "Alguien nos comentaba en cierta oportunidad, que como en el derecho venezolano el parentesco por afinidad no se extingue por disolución del matrimonio, entonces llegaríamos al extremo de que los parientes de nuestros ex cónyuges, podrían solicitar nuestra interdicción, porque siguen siendo afines. Ciertamente, ello constituiría una interpretación exagerada en aquellos casos, en que tales personas carezcan de interés para promover la interdicción. No obstante, en algunos casos, podría seguirse manteniendo el interés, verbigracia: los padres de un ex cónyuge, porque son abuelos de los hijos del pretendido enfermo mental".

tesco consanguíneo, pues no genera obligación de alimentos, en principio[91], ni derecho a heredar[92].

Si el concepto de estado civil supone una cualidad a la que ley le concede efectos jurídicos, es indudable que el *concubinato* estaría incluido en un concepto amplio del estado familiar[93]. Pues si tal situación fáctica ha sido reconocida en virtud de una sentencia, dicha situación de hecho se convierte en una de derecho propiciando –según veremos– similares efectos a los de matrimonio a tenor del artículo 77 de la Constitución[94].

4. POTESTADES Y ÓRGANOS FAMILIARES

La potestad supone la idea de poder, facultad u oficio en interés de otro. No implica un derecho que se ejerza en beneficio propio, sino que su existencia encuentra sentido en protección de un tercero. Esta idea que deja de lado la noción de "derecho" y le da predominio a la de "deber", está presente en algunas instituciones en materia de Derecho Civil extrapatrimonial (Personas y Familia) y se aprecia en materia de patria potestad[95], tutela[96] e interdicción. Así por ejemplo, se indicó que no era técnicamente correcto aludir a "derechos" del padre respecto del hijo en lo relativo a los atributos de la denominada antiguamente guarda (actual responsabilidad de crianza), representación o administración;

[91] Salvo art. 165, ord. 5 y 6 (cargas de la comunidad conyugal). Véase *infra* N° II. 3.
[92] Soto Álvarez, *Ob. Cit.*, p. 109.
[93] Véase: Domínguez Guillén, *El estado civil...*, pp. 375-377; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 560 y 561.
[94] Véase *infra* N° XI y XII. 3; TSJ/SC, Sent. N° 1682 del 15-7-05.
[95] Término que significa el poder del padre y que no fue modificado en la Reforma de la LOPNA de diciembre de 2007. Véase: Naranjo Ochoa, Fabio: *Derecho Civil Personas y Familia*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R.LTDA, 7ª edic., 1996, p. 232, indica que derivado de la acepción latina patria potestad significa el poder del padre. Posteriormente evolucionó y pasó a ser un deber del padre ejercido en función e interés del hijo *Íbíd*., pp. 232 y 231).
[96] Véase: Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, p. 19, la potestad se identifica con el concepto de función, la institución de la patria potestad o la tutela se identifica hoy con el concepto de *officium*, con la finalidad de cuidar y atender el interés familiar y, por tanto, con un aspecto primordial de deber. El padre o tutor son órganos de un poder protector especialmente cuando asumen el cuidado de incapaces. La posibilidad de actuación que la potestad proporciona se derivan de la función o cargo, y en ellas a diferencia del verdadero derecho subjetivo, la voluntad no está preordenada a la tutela del interés propio.

puesto que el progenitor no tiene un "derecho" concebido por el legislador para su provecho sino que se le atribuyen tales *facultades* y deberes en beneficio e interés del hijo[97]. Lo mismo cabe predicar respecto del tutela –concebida a imagen de la patria potestad– pero adjudicada a un tercero, en que el desempeño de los atributos del régimen existe por y para el niño y adolescente. La misma consideración resulta predicable respecto de la interdicción judicial. En todos esos casos, de regímenes de representación, se indica que el incapaz de obrar absoluto no tiene "autogobierno", sino que está sometido a la "*potestad*" del representante legal, quien debe cuidar de su persona. Y cabe reiterar que ello no supone un poder en beneficio del progenitor o tutor sino un conjunto de facultades que concede a la ley a éstos para lograr la mejor protección personal del incapaz absoluto.

La doctrina ve así los poderes familiares como facultades atribuidas por la ley a los miembros de la familia, a terceros o a órganos del Estado para el logro de la organización familiar[98]. Se clasifican los poderes o potestades familiares en poderes en sentido propio y poderes de excitar el desempeño de la función o de promover la aplicación del derecho[99]. Entre los primeros de ubica los que varían relaciones jurídicas (reconocimiento voluntario), poder de decisión y cuidado (patria potestad, tutela y curatela), poder de fiscalización (autorización para contraer matrimonio), poder de vigilancia (protutor), poder consultivo (Consejo de Tutela), poder de autorización previa (autorización judicial al representante legal para realizar actos de disposición o autorización judicial al menor emancipado para actos de disposición) y de aprobación posterior (del Consejo de tutela 377 CC)[100]. El segundo grupo de poderes permite accionar lo conducente para hacer efectiva las facultades protectoras y es tan amplio que se admite su dificultad de clasificación.

[97] Véase: Morales, Georgina: *Las relaciones paterno-filiales bajo el régimen de la patria potestad en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: *Estudios de Derecho Civil.* Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 790 y 791, la patria potestad ha evolucionado de ser un poder del *pater* a comprender un conjunto de facultades y deberes, ejercidos en función y beneficio del hijo.

[98] Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 31.

[99] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 39 y 40; Bocaranda, *Ob. Cit.*, pp. 118 y 119.

[100] Véase: Torres-Rivero, *Derecho...*, p. 28.

En algunos casos, se alude a órganos familiares[101], para referir quienes ejecutan o actualizan los poderes familiares[102]. La idea de órgano denota una persona que actúa como medio o instrumento jurídico para un fin. Y se ha indicado que concebir órganos familiares con intereses supremos contraría la idea de familia como unidad que debe ser considerada una suma de intereses no contradictorios, en la que todos están destinados a su mejoramiento bienestar sin ninguna clase de distingos. Pues al desempeñar cualquiera de los miembros la titularidad de aquellos órganos, su acción no radica únicamente en la voluntad de los integrantes, sino que reglamenta la ley sus funciones[103]. Sin embargo, tradicionalmente se indica que el órgano podría estar constituido por una persona o un grupo de personas y que pudieran ser familiares propiamente dichos o del Estado. Entre los primeros se debe distinguir entre individuales (progenitores, tutor, protutor, curador) y colegiados (Consejo de tutela); entre los segundos cabe citar de ejemplo la autoridad judicial[104], el Ministerio Público[105], el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Además de lo anterior, también se podría aludir a órganos privados y a órganos públicos, así como a órganos judiciales o a órganos administrativos[106]. Ejemplo, de este último serían los citados Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

[101] Véase: Bocaranda, *Ob. Cit.*, p. 119, los órganos familiares son sujetos individuales o colectivos a quienes la ley asigna poderes familiares; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 35.
[102] Torres-Rivero, *Derecho...,* p. 20.
[103] D'Jesús, *Ob. Cit.*, pp. 6 y 7.
[104] Véase: Wills Rivera, Lourdes: *Los poderes del Juez de Familia.* En: *I Congreso Venezolano de Derecho de Familia.* Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 9-46.
[105] Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 40 y 41.
[106] Véase: Torres-Rivero, *Derecho...*, pp. 29 y 30.

Capítulo II

Derecho de Alimentos

1. **Noción.**
2. **Caracteres**.
3. **Requisitos o supuestos: 3.1** *Familiar legalmente obligado.* **3.2** *El estado de necesidad del requirente*. **3.3** *Capacidad económica del obligado*.
4. **Consideraciones procesales.**

1. NOCIÓN[1]

Para vivir se precisa tener los medios mínimos de subsistencia[2]. El derecho de alimentos se traduce en la posibilidad de percibir de un tercero

---

[1] Véase sobre el tema: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 282 al 300. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1984; Sojo Bianco, Raúl y Milagros Hernández de Sojo Bianco: *El derecho de alimentos en la legislación venezolana.* Caracas, Mobil-Libros, 2002; Ramos S., César José: *El derecho a la subsistencia: postulado de la protección familiar.* En: De los Menores a los Niños, una larga trayectoria. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1999, pp. 285-307; Aguilar Mawdsley, Mariano: *La obligación alimentaria en el Derecho Venezolano.* En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 4, 1966-1967, pp. 9-68; Soublette Saluzzo, Panchita: *Fuentes del Derecho*

los medios necesarios para la susbsistencia[3], por imperativo de la ley, un contrato, un testamento o un hecho ilícito[4]. Al primero de ellos nos referiremos en las siguientes líneas, es decir, a la obligación de alimentos existente en razón de la ley. Específicamente, como es natural, la que se deriva de la materia correspondiente al Derecho de Familia, la cual tiene su razón de ser en la ayuda o auxilio recíproco que debe brindarse la familia y puede extenderse a lo económico[5]. Es una manifestación en

---

alimentario en la legislación venezolana. En: Revista del Consejo de la Judicatura N° 16, enero-marzo, 1980, pp. 32-38; Alcalá de Arraga, Carmen: *Del incumplimiento de la obligación alimentaria.* En: LEX Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia N° 218, abril-junio 1995, pp. 95-108; Esis V., Ivette: *La obligación alimentaria en el Derecho Internacional Privado.* En: Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Colección Libros Homenaje N° 12, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 201-220; Wills Rivera, Lourdes: *Consecuencias del incumplimiento de los deberes alimentarios hacia el menor.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 77-90; Vargas D. de Ortiz, Ana María: *Necesidad de un procedimiento sin formalismos y dinámico para requerir alimentos al obligado de darlos, que ha emigrado a otro Estado dejando abandonada a su familia (esposa, hijos menores o incapacitados).* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 145-156; Padiol Albás, Adoración: *La obligación de alimentos entre parientes.* Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997; Beltrán, Pablo: *La obligación legal de alimentos entre parientes.* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1958.

[2] Véase: Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.*, p. 47, citan a Barbero pues éste con razón señala que el primer bien de una persona es su vida, el primer interés su conservación y la primera necesidad con la que se enfrenta es procurarse medios para ello. Presupuestos sobre los que descansa la institución de la obligación de alimentos.

[3] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 137; Aguilar Mawdsley, *Ob. Cit.*, pp. 9 y 10; Bonnecase, *Ob. Cit.*, p. 107, es el deber impuesto a una persona de proporcionar alimentos a otra.

[4] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 13-11-06, Exp. Nº 627-06-53, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/533-13-627-06-53-52-06.html, "Obligación de alimentos es el deber que tiene una persona de suministrar a otra los recursos que ésta requiere para subsistir. Esta obligación puede derivar de una convención, de un hecho ilícito, de un testamento (legado de alimentos) o de la ley. En este último caso existe obligación legal de alimentos".

[5] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 17, el derecho alimentario es un derecho superior que ocupa un lugar privilegiado, vinculando a todos los familiares en la búsqueda de la unidad y la fortaleza familiar; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, N° 4, Sent. 20-5-05, Exp Nº 7313, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/910-20-C-7313-.html "La obligación alimentaria comprende todo lo relativo a sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño y el adolescente. Es un efecto de filiación legal o judicialmente establecida, que corresponde al padre y a la madre respecto a los hijos que no hayan alcanzado la mayoridad, es decir, es recíproca, y que la Ley impone entre los parientes más próximos para que se socorran mutuamente en caso de que alguno de ellos caiga en pobreza, sea niño, adolescente o incapaz. El cumplimiento de esta obligación está vinculado a los grandes intereses de la vida, salud, educación (asistencia médica, vestido) y cultura de todas las personas, pero especialmente las que carecen de medios para adquirir o preservar estos bienes. Está así ligado a los más grandes intereses y a derechos fundamentales".

el orden jurídico de la piedad, caridad o solidaridad en razón de la sangre[6]; surge como elemental deber de conciencia preexistente como obligación de carácter natural y moral, siendo la cristalización en el campo jurídico positivo del deber de protección y asistencia del grupo familiar[7]. En palabras de Granadillo "La ley, pues, lo que ha hecho es plasmar en sus letras un deber que ya vivía en nuestras aspiraciones[8]. Los alimentos constituyen una de las principales consecuencias del parentesco[9]. El derecho de percibir alimentos y la correlativa obligación de prestarlos deriva de una relación alimentaria legal, de contenido patrimonial, pero cuyo *fin* es esencialmente extrapatrimonial: la satisfacción de las necesidades que la subsistencia requiere[10].

Ciertamente, la expresión "alimentos" no puede entenderse en un sentido estricto limitado a "comida"[11]. Por subsistencia ha de considerarse todo lo necesario para vivir, como alimentación, vivienda, vestido, medicamentos, estudios, recreación, etc. Así se evidencia del artículo 365 de la LOPNNA que en materia de niñez y adolescencia alude además de sustento a "vestido, habitación, educación, cultura, asistencia, atención médica, medicinas, recreación y deportes". En determinados casos, el derecho u ubligación de alimentos podría estar limitado a suministrar los recursos o medios necesarios para los más importantes requerimientos o necesidades económicas.

Al efecto, diferencia la doctrina entre alimentos[12] *congruos* y alimentos *necesarios*[13], incluyendo en los primeros los que cubren necesida-

---

[6] Aguilar Mawdsley, *Ob. Cit.*, p. 13.
[7] Ramos Sojo, *Ob. Cit.*, p. 289.
[8] Granadillo C., Víctor Luis: Tratado Elemental de Derecho Civil Venezolano. Caracas, Edit. Ávila Gráfica, 2ª edic., 1950, T. I, p. 177.
[9] Soto Álvarez, *Ob. Cit.*, p. 111. Agrega que es una obligación social, moral y jurídica (*Ibíd.*, p. 111).
[10] Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.*, p. 41.
[11] Véase: Baqueiro y Buenrostro, *Ob. Cit.*, p. 27, comúnmente se entiende por alimento cualquier sustancia que sirve para nutrir, pero jurídicamente su connotación es más amplia; Aguilar Mawdsley, *Ob. Cit.*, p. 55, la obligación de alimentos es una prestación de dar o hacer que no se limita a "alimentos" en su acepción ordinaria.
[12] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 170 y 171; D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 11, distingue entre "alimentos" (medios para subsistir) de "obligación alimentaria" (vínculo jurídico que impone derecho-deber de suministrarlos).
[13] Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 50.

des básicas (comida, bebida, vivienda y vestido) según los requerimientos o necesidades del que los precisa; mientras que en los segundos se ubican los medios estrictamente "necesarios" (como su propia denominación lo denota) o indispensables para vivir al margen de las consideraciones personales del necesitado. Los congruos responden a una noción subjetiva y los necesarios a una objetiva[14]. Según distingue la doctrina[15], los congruos proceden respecto al cónyuge, ascendientes y descendientes, así como niños o adolescentes; los necesarios tienen lugar respecto de hermanos[16], tíos y sobrinos[17].

No obstante según veremos, la obligación de alimentos no puede basarse únicamente en las necesidades personales del solicitante o requirente sino que dependerá en gran medida de la capacidad económica del obligado, pues nadie puede dar más de lo que tiene, o más precisamente, no se podría cubrir los alimentos de un tercero en perjuicio de la propia subsistencia.

La doctrina acota que debe distinguirse, sin embargo, la obligación alimentaria propiamente dicha que supone imperiosamente el estado de necesidad o penuria del solicitante, de aquella obligación de alimentos que debe cubrirse al margen del estricto estado de necesidad en razón de la particular existencia de un nexo legal. Esta última viene dada por la obligación de "manutención"[18] que tienen los progenitores respecto de sus hijos menores de edad y que debe cumplirse al margen de la patria potestad[19] por ser un efecto de la filiación[20]; lo mismo cabe decir de la satisfacción de las necesidades económicas o auxilio que se impo-

[14] Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 502.
[15] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 170 y 171.
[16] Véase art. 284 CC, que entre hermanos la limita a "alimentos indispensables para asegurarles el sustento, vestido y habitación".
[17] Véase arts. 285 CC, respecto a tíos y sobrinos se refiere a los alimentos estrictamente necesarios para asegurar alojamiento y comida.
[18] La LOPNNA (G.O. 5859 del 10-12-07), cambió la denominación "alimentos" por "manutención": Véase artículos 365 y ss.
[19] Véase art 366 LOPNNA, la obligación de manutención subsiste aunque medie privación o extinción de la patria potestad; Wills Rivera, *Consecuencias...*, p. 89.
[20] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 157 y 158.

ne entre cónyuges de conformidad con el artículo 139 del CC[21]. La obligación alimentaria propiamente dicha, por su parte, encuentra sentido en el reconocimiento que hace el legislador sobre el sentimiento de asistencia que debe existir en la familia, y precisa ciertamente de la necesidad económica del requirente[22]. Si bien la obligación de alimentos propiamente dicha se diferencia de la obligación de manutención de menores de edad, haremos algunas algunas breves referencias a ésta en la LOPNNA por presentar obviamente caracteres comunes con la institución objeto de estudio.

La obligación de alimentos generalmente se hace efectiva a través de una cantidad periódica de dinero, pero eventualmente la ley prevé la posibilidad de tener lugar en la propia casa del obligado. Ello lo distingue la doctrina como *pensión alimentaria propia y pensión alimentaria impropia*, siendo la primera aquella en que el obligado recibe en su propia casa al requirente[23], pero precisa el consentimiento de éste. Al efecto indica el artículo 288 CC:

> El que deba suministrar los alimentos puede optar entre pagar una pensión alimentaria o recibir y mantener en su propia casa a quien los reclama, salvo que se trate de menores cuya guarda corresponde, por ley o decisión judicial, a otra persona, o que el Juez estime inconveniente permitir esta última forma. Si el beneficiario es alguno de los padres o ascendientes del obligado, la prestación de alimentos en especie no se admitirá cuando aquéllos no quieran recibirlos en esta forma.

En sentido semejante se aprecia el artículo 370 de la LOPNNA cuando dispone que no puede obligarse al niño o adolescente a convivir con quien tiene a su cargo la obligación, si la responsabilidad de crianza o antigua guarda corresponde a otra persona. El artículo 382 *eiusdem*

---

[21] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 138 y 138: Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 61 y 62.
[22] Véase Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 50 y 51.
[23] Véase: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 282 al 300, pp. 163-166; Aguilar Mawdsley, *Ob. Cit.*, p. 58, indica que hay dos formas de prestar alimentos; la forma impropia tiene lugar cuando se pasa periódicamente una cantidad de dinero suficiente para atender las necesidades; López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 172-174.

prevé como otros medios que pueden ser autorizados para el pago de la obligación del menor, la constitución de usufructo o el pago de intereses, utilidades, rentas, etc.[24].

Finalmente, es de indicar que la obligación de alimentos se inspira en el auxilio y socorro mutuo que en razón del afecto nace de la relación familiar. De allí que el legislador, acertadamente, descarta tal obligación, sin la conducta del requirente se traduce en un grave incumplimiento a los deberes familiares, que harían inmoral la procedencia de la misma. Y al efecto dispone el artículo 299 CC que "no tiene derecho a alimentos el que fuere de mala conducta notoria con respecto al obligado, aun cuando hayan sido acordados por sentencia". En sentido semejante prevé el artículo 300 CC.

> Tampoco tienen derecho a alimentos:
>
> 1.- El que intencionalmente haya intentado perpetrar un delito, que merezca cuando menos pena de prisión, en la persona de quien pudiera exigirlos, en la de su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos.
>
> 2.- El que haya cometido adulterio con el cónyuge de la persona de quien se trata.
>
> 3.- El que sabiendo que ésta se hallaba en estado de demencia no cuidó de recogerla o hacerla recoger pudiendo hacerlo[25].

---

[24] Indica la norma: "El juez o jueza puede autorizar, a solicitud del obligado u obligada, oída la opinión del Ministerio Público y siempre que resulte manifiestamente favorable al interés superior del niño, niña o adolescente, que el cumplimiento de la obligación se haga efectivo a través de otros medios, tales como:
a) Constitución de usufructo sobre un bien del obligado u obligada, el cual debe encontrarse libre de toda deuda y gravamen y totalmente saneado. En su condición de usufructuario o usufructuaria, el niño, niña o adolescente no queda sujeto a las obligaciones previstas por la ley para tales casos.
b) Designación del niño, niña o adolescente como beneficiario o beneficiaria de los intereses que produzca un determinado capital, o las utilidades, rentas o beneficios que produzcan acciones, participaciones y cualquier título valor".

[25] Se trata del cuidado de hecho de quien esté en estado de demencia y no de promover la interdicción que amén de no ser obligatorio no implica cuidado del solicitante. Véase no obstante, aludiendo al deber de promover la interdición del pariente y luego cuidar de hecho al demente: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 13.

El derecho a alimentos se presenta así como un tema de interés porque puede ser exigido judicialmente si se configuran los presupuestos necesarios. La obligación jurídica es significativamente una obligación familiar en el Código Civil[26], pues la intervención subsidiaria del Estado, ciertamente no presenta un matiz equivalente. Del parentesco y del matrimonio nace así, dentro de ciertos límites y concurriendo ciertas circunstancias¨, el deber legal de alimentos[27].

2. CARACTERES

Entre los caracteres[28] de la obligación de alimentos señala la doctrina: es de *orden público*, es decir, dada su importancia familiar está sustraída de la autonomía de la voluntad; de lo anterior se desprende que es *irrenunciable* según el artículo 293 del CC que dispone "la acción para pedir alimentos es irrenunciable", así como el art. 377 LOPNNA y por ende no opera la transacción, aun cuando la ley prevé la posibilidad de realizar acuerdos para establecer el monto o forma de pago de conformidad con el artículo 297 CC[29] y 375 LOPNNA[30]; *no compensable*[31], según el artículo 377 LOPNNA y 292 *CC* aun cuando según dicha nor-

[26] Véase: Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 47.
[27] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 45.
[28] Véase: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 282 al 300, *Ob. Cit.,* pp. 24-35; López Herrera, *Ob. Cit.,* pp. 174-182; Aguilar Mawdsley, *Ob. Cit.,* pp. 24-31; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 56-60; Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 72-75; Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* pp. 48-52; Rodríguez, *Ob. Cit.,* pp. 82-84.
[29] Que prevé: "Los convenios celebrados entre quien deba suministrar los alimentos y quien los exige, para establecer el monto o forma de pago de los mismos, son válidos y conservan sus efectos mientras no sobrevenga alteración en la condición de las partes que justifiquen el aumento, cesación o reducción de los alimentos u otra forma de pago".
[30] "El monto a pagar por concepto de Obligación de Manutención, así como la forma y oportunidad de pago pueden ser convenidos entre el obligado u obligada y el solicitante o la solicitante. En estos convenios debe preverse lo concerniente al incremento automático del monto fijado y los mismos deben ser sometidos a la homologación del juez o jueza, quien cuidará siempre que los términos convenidos no sean contrarios a los intereses del niño, niña o adolescente. El convenimiento homologado por el juez o jueza tiene fuerza ejecutiva".
[31] Véase: Ramírez, Florencio: Anotaciones de Derecho Civil. Mérida, Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de los Andes, 1953, Tomo I, pp. 283 y 284, la finalidad de los alimentos no es otra que proveer a la subsistencia del alimentario, la cual no podría conseguirse si fuera posible arrebatarle su derecho por medio de compensación.

ma pueden renunciarse y compensarse las pensiones atrasadas[32]; *inembargable*, es decir, dado su carácter necesario para la subsistencia, no es susceptible de ejecución forzosa respecto del patrimonio del necesitado; es *perpetua o imprescriptible*, pues la ley no establece limitación temporal para su reclamación si proceden los supuestos correspondientes, aunque sí prescriben las pensiones atrasadas y no reclamadas según dispone el artículo 1982, ord. 1° CC por dos (2) años y según art. 378 LOPNNA por diez (10) años; *personalísima, intransmisible* e *inalienable*[33], en razón de depender de las circunstancias personales o particulares del reclamante y del obligado, se extingue con la muerte de éstos a tenor del artículo 298 CC[34] y 383 a) LOPNNA.

A lo anterior se agrega que la obligación alimentaria es: *recíproca,* pues constituye un derecho-deber entre familiares que supone no sólo el deber de dar alimentos a los parientes sino de recibirlos, de darse las condiciones; *variable*[35] *o condicional*, al depender de ciertas condiciones de parte del requirente y del obligado y que al variar las mismas podría cambiar o desaparecer, según el artículo 294 CC[36]; *no retroactiva*, pues sus efectos rigen en lo sucesivo a partir de la sentencia; de cumplimiento sucesivo, es decir, no se consuma en un solo pago sino que se pagan por mensualidades anticipadas[37] según se deduce del artículo 291 CC[38] y

---

[32] Véase: Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Reimpresión de la Primera Edición. Caracas, Imprenta Nacional. 1873, T. I, p. 256, Cesa la razón de ambas prohibiciones cuando se trata de pensiones alimenticias pasadas. Ya el individuo ha subsistido y por lo tanto no puede alegarse urgencia o necesidad actual para que se declaren sin lugar instituciones tan respetables como la renuncia y la compensación.

[33] Véase art 377 LOPNNA.

[34] Que indica: "La muerte de quien tiene derecho a alimentos o de quien deba suministrarlos hace cesar los efectos de los convenios y de las sentencias que así lo dispongan".

[35] Véase: Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 107, p. 111, las necesidades y posibilidades son variables, por lo que la cifra fijada por el tribunal es provisional.

[36] Que dispone en su último párrafo: "Si después de hecha la asignación de los alimentos, sobreviene alteración en la condición del que los suministra o del que los recibe, el Juez podrá acordar la reducción, cesación o aumento de los mismos según las circunstancias".

[37] Véase: DFMSC1, Sent. 20-10-75, J.R.G., T. XLIX, pp. 26 y 27, los alimentos se causan mensualmente y aun los provisionales son de entegra inmediata, por ello lo percibido no está sujeto a devolución ni reintegro, a pesar que la sentencia definitiva posterior estableció una cantidad menor, de modo que lo pasado quedó consumado y consumido al ser como es una obligación de tracto sucesivo y de períodos determinados (de un mes) y por ello si bien la sentencia final sustituye, en cuanto al monto, al decreto anterior que lo fijó provisionalmente, tal fijación opera para el futuro.

[38] La norma agrega que "no se puede pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el beneficiario no haya consumido por haber fallecido".

374 LOPNNA[39]; *divisible y no solidaria*, pues de existir varios obligados el deber se distribuye entre ellos en la proporción determinada por el Juez según las circunstancias (artículo 296 CC[40] y 372 LOPNNA[41]); constituye *crédito privilegiado* en materia de menores según art. 379 LOPNNA que también prevé la responsabilidad del patrono si no realiza la retención debida (art. 380).

3. REQUISITOS O SUPUESTOS

Luego de precisar los sujetos obligados en materia de alimentos (artículos 283 y ss. CC), el CC alude a la necesidad del requirente y a la capacidad económica del obligado en el artículo 294 *eiusdem* al señalar:

> La prestación de alimentos presupone la imposibilidad de proporcionárselos el que los exige, y presupone asimismo, recursos suficientes de parte de aquel a quien se piden, debiendo tenerse en consideración, al estimar la imposibilidad, la edad, condición de la persona y demás circunstancias. Para fijar los alimentos se atenderá a la necesidad del que los reclama y al patrimonio de quien haya de prestarlos.

---

[39] "El pago de la Obligación de Manutención debe realizarse por adelantado y no se puede pedir la restitución de aquella parte que, habiéndose pagado, no se haya consumido por haber fallecido el niño, niña o adolescente. El atraso injustificado en el pago de la obligación ocasionará intereses calculados a la rata del doce por ciento anual".

[40] Que prevé: "Cuando son varios los obligados conjuntamente a prestar alimentos, la proporción en que cada uno de ellos deba contribuir al pago de los mismos, incluidos los gastos que ocasione la educación de los menores, si los hubiese, será establecida por el Juez, atendiendo a los recursos o ganancias de que respectivamente dispongan los obligados. Si uno de éstos recibe y mantiene al beneficiario en su propia casa, el Juez fijará el monto de lo que deben pagar los otros, tomando en consideración la calidad de los alimentos prestados en especie y acordará lo debido para que todos soporten una carga comparable".

[41] "El monto de la Obligación de Manutención puede ser prorrateado entre quienes deben cumplirla, cuando éstos se encuentran materialmente impedidos de hacerlo en forma singular. En este caso, los obligados y obligadas pueden acordar el prorrateo mediante conciliación, que debe hacerse del conocimiento del juez o jueza, al cual corresponde homologarla. De no existir acuerdo en cuanto al prorrateo, corresponde al juez o jueza establecer la proporción en que debe contribuir cada obligado u obligada.
Puede también realizarse la conciliación mediante la participación de una Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes, conforme a lo previsto en el literal f) del artículo 202 de esta Ley".

> Si después de hecha la asignación de los alimentos, sobreviene alteración en la condición del que los suministra o del que los recibe, el Juez podrá acordar la reducción, cesación o aumento de los mismos según las circunstancias.

De lo anterior se deduce que para que tenga lugar la obligación de alimentos entre parientes, se precisa la *concurrencia* de tres (3) supuestos o requisitos, a saber, familiar legalmente obligado, estado de necesidad del acreedor, capacidad económica del deudor[42].

3.1 *FAMILIAR LEGALMENTE OBLIGADO*

Señalamos que la obligación o derecho de alimentos puede derivar de la ley en atención al socorro que debería imperar ante el estado de necesidad familiar. De tal suerte que uno de los supuestos legales necesarios para que tenga lugar la institución bajo análisis es la existencia de la norma jurídica que impone legalmente dicha obligación familiar. No cabe pues analogía en una materia por lo demás delicada por sus importantes consecuencias económicas. Se precisa entonces ubicar tal deber familiar dentro de las normas legales en materia de obligación de alimentos (artículos 283 y ss del CC). Los artículos 285[43] y 286[44] del CC establecen el correspondiente orden de prelación de las personas obligadas a alimentos.

De tales disposiciones se deriva un orden subsidiario de los obligados a los fines de requerir alimentos, por lo que no depende de la libre volun-

---

[42] Véase: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 282 al 300, *Ob. Cit.,* pp. 219-252; López Herrera, *Ob. Cit.,* pp. 142-168; Aguilar Mawdsley, *Ob. Cit.,* pp. 20-24.

[43] Prevé: "La obligación de alimentos recae sobre los descendientes, por orden de proximidad; después sobre los ascendientes y, a falta de uno y otros, se extiende a los hermanos y hermanas.
Si ninguna de estas personas existe o posee medios para cumplir con las obligaciones expresadas, el Juez competente podrá imponer a los tíos y sobrinos, la prestación de alimentos estrictamente necesarios para asegurar alojamiento y comida al que los reclama, cuando éste sea de edad avanzada o esté entredicho".

[44] "Artículo 286: La persona casada, cualquiera que sea su edad, no podrá exigir alimentos a las personas mencionadas en el artículo anterior sino en el caso de que su cónyuge se encuentre en el mismo estado de necesidad o carezca de recursos o medios propios y suficientes para suministrárselos; en caso contrario, la obligación, de alimentos recae, en primer lugar, sobre dicho cónyuge, de conformidad con las disposiciones que regulan esta obligación como un efecto del matrimonio en el Título IV, Capítulo XI, Sección I del Libro Primero del presente Código".

tad del reclamante. A la hora de precisar alimentos el orden de prelación necesario y subsidiario en atención a las normas indicadas viene dado por: *cónyuge*[45], *descendientes, ascendientes* (por orden de prelación o proximidad, es decir, se comienza por hijos[46]), *hermanos, tíos y sobrinos*. Obsérvese la obligación de alimentos recae en primer término sobre el cónyuge, después sobre los descendientes y luego sobre los ascendientes, a tenor del artículo 285 del CC, a semejanza del orden natural que igualmente se aprecia en materia de sucesión[47]. Y así, una persona en estado de necesidad en alimentos debe dirigirse primero a su cónyuge; en segundo lugar, a sus descendientes; en tercer lugar, a sus ascendientes; en cuarto lugar, a sus hermanos; y finalmente a tíos y sobrinos[48]. Dicha obligación alimentaria subsiste inclusive en caso de declaración de ausencia, de conformidad con el artículo 427 CC[49].

Es de indicar que la obligación de alimentos es extensible al concubino o concubina en razón de la equiparación de efectos con el matrimonio, de conformidad con el artículo 77 de la Constitución[50], si tal condición se ha probado judicialmente, aun cuando por la disolución espontánea de dicha situación de hecho, resulta poco probable su procedencia.

---

[45] Inclusive en caso de ausencia declarada, según el artículo 427 CC.

[46] Véase: Artículo 284: Los hijos tienen la obligación de asistir y suministrar alimentos a sus padres, y demás ascendientes maternos y paternos. Esta obligación comprende todo cuanto sea necesario para asegurarles mantenimiento, alojamiento, vestido, atención médica, medicamentos y condiciones de vida adecuados a su edad y salud, y es exigible en todos los casos en que los padres o ascendientes carecen de recursos o medios para atender a la satisfacción de sus necesidades o se encuentran imposibilitados para ello. Al apreciarse esta imposibilidad se tomará en consideración la edad, condición y demás circunstancias personales del beneficiario. La obligación alimentaria existe también respecto del hermano o hermana, pero la misma sólo comprende la prestación de los alimentos indispensables para asegurarles el sustento, vestido y habitación".

[47] Por el cual los descendientes excluyen a los ascendientes. Véase art. 822, 824, 825 CC.

[48] Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 66-72. Véase también: Domínici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano. (Reformado en 1896).* Caracas, Edit. Rea, 1962, T. I, p. 388; Sanojo, *Ob. Cit.,* p. 251; Aguilar Mawdsley, *Ob. Cit.,* pp. 31-51.

[49] Que prevé: "El cónyuge del ausente, además de lo que le corresponda por convenios de matrimonio y por sucesión, puede, en caso necesario, obtener una pensión alimentaria, que se determinará por la condición de la familia y la cuantía del patrimonio del ausente".

[50] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999.* En: *Revista de Derecho N° 17,* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 236 y 237; TSJ/Sala Const, Sent. N° 1682 del 15-7-05, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm "Igualmente, en caso de declaración de ausencia de uno de los miembros de la unión, la otra podrá obtener una pensión alimentaria conforme al artículo 427 del Código Civil". Véase *infra* N° XI.2.2.4 y XII.3.

Respecto a niños y adolescentes en caso de imposibilidad de sus progenitores[51], obligados natos a cubrir sus requerimientos, de conformidad con el art. 366 de la LOPNNA, ha de seguirse el orden que impone el artículo 368 *eiusdem*, a saber, hermanos mayores, ascendientes por orden de proximidad y los parientes colaterales hasta el tercer grado[52]. El artículo 283 del CC en caso de imposibilidad de los progenitores hacía recaer la obligación de alimentos en los ascendientes maternos y paternos por orden de proximidad[53]. La norma de la LOPNNA amplía el espectro de obligados[54], incluyendo a representante o responsable de crianza.

[51] La LOPNNA eliminó la adopción simple y subsiste sólo la adopción plena (art. 411), por lo que pierde sentido el artículo 287 del CC que derogó expresamente la LOPNNA en su art. 684.

[52] Véase: Juzgado de Protección de Niños y Adolescentes del Estado Lara, Juez N° 1, Sent. 21-4-05, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/645-21-KP02-Z-2003-003638-.html "De modo que, en aras de preservar el Interés Superior del beneficiario de autos, tomando siempre en cuenta que las necesidades de los niños son prioritarias a la de sus padres, a tenor de lo establecido en el artículo 369 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y sin desconocer este Tribunal que el alto costo de la vida afecta por igual tanto al niño de autos, a su madre y a la abuela materna, la cual posee cargas familiares que cumplir, aunado a su propio mantenimiento, esta Juzgadora procede a fijar el monto de la obligación alimentaria que la abuela materna debe pagar al niño de autos, el cual se hará de forma porcentual para así evitar sucesivas revisiones y de esta manera la pensión sea aumentada a medida que se incremente el sueldo de la obligada. Además debe establecerse con cargo a sus ingresos brutos de la misma, ya que las máximas de experiencias han creado en quien juzga el convencimiento de que los obligados alimentarios al imponerse la obligación sobre ingresos netos, incurren inminentemente en deudas que se traducen en disminución del sueldo percibido, lo que afecta consecuencialmente los montos que los beneficiarios reciben, conducta ésta que invocando los principios de justicia y equidad va en detrimento del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes, quienes son los beneficiarios directos de los alimentos".

[53] "Si el padre y la madre han fallecido, no tienen medios o están impedidos para cumplir con las obligaciones contempladas en el artículo anterior, éstas pasan a los otros ascendientes, maternos y paternos, por orden de proximidad".

[54] Véase: Sala de Juicio XV del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 20-9-06, Exp. AP51-S-2006-013604 http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/2090-20-AP51-S-2006-013604-PJ0242006000354.html "En cuanto a la ampliación del número de obligados subsidiarios, vemos cómo la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente incorpora, no sólo a los hermanos mayores, sino también a los parientes colaterales hasta el tercer grado y a la persona que represente al niño y al adolescente, a falta de sus padres y a quien se le haya otorgado la guarda. La ampliación del número de personas subsidiariamente obligadas a la satisfacción de las necesidades del niño y del adolescente, evidentemente debe redundar en su beneficio y resulta cónsono con el espíritu de solidaridad que une a los miembros de una familia".

No existe en principio obligación de alimentos entre parientes afines, aun cuando si el cónyuge es obligado en razón de sus parientes consanguíneos, el pago constituye una carga de la comunidad, según el artículo 165, ord. 5 (hijos) y ord. 6 (ascendientes), siendo, según veremos casos excepcionales de obligación de alimentos por vía indirecta entre afines[55].

Excepcionalmente puede mediar alimentos entre ex cónyuges[56], en el caso del demandante de divorcio por interdicción (art. 185, ord. 7° CC) y en el resto de los causales si media necesidad e impedimento o incapacidad física del cónyuge que no ha dado causa al divorcio (art. 195 CC)[57]; se alude en este último caso a supuestos de divorcio por culpa en que puede mediar pensión alimentaria[58], aun cuando la tendencia moderna tiende a desligar el concepto de prestación alimentaria de la culpa[59]. Sin embargo, se aclara que en el primer caso (185, ord. 7CC) la manutención es *obligatoria* para el Juez ("...el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar...")[60], en tanto que en el artículo 195 CC

---

[55] Véase *infra* N° IV.3.4.
[56] Aun cuando desaparecido el deber de socorro previsto en el artículo 139 CC en razón de la disolución del vínculo matrimonial.
[57] Señala la norma: "Cuando el divorcio haya sido declarado de conformidad con las causales previstas en los ordinales 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del artículo 185, el Tribunal que conozca del mismo podrá, al declararlo, conceder pensión alimentaria la cónyuge que no haya dado causa al juicio, cuando éste, por incapacidad física u otro impedimento similar, se encuentra imposibilitado para trabajar y carece de otros medios para sufragar sus necesidades.
Esta obligación subsiste mientras dure la incapacidad o el impedimento y cesa con la muerte del obligado, del beneficiario, o si esste último contrae nuevo matrimonio". Véase: Parra de Molina, Marleny: *Pensión de alimentos entre los ex cónyuges conforme a los alcances del artículo 195 del Código Civil venezolano*. En: Revista de la Facultad de Derecho de La Universidad del Zulia N° 64, julio-diciembre 1985, pp. 1-20.
[58] Véase: Belluscio, Augusto: *Prestaciones económicas entre ex cónyuges en caso de separación, nulidad y divorcio.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia.* Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, p. 645.
[59] Véase: Arianna, Carlos y otros: *Prestaciones compensatorias entre ex cónyuges.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas,* 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 791 y 792, la desvinculación de las prestaciones alimentarias del concepto de culpa coincide que las modernas posiciones legislativas y doctrinarias que tienden paulatinamente a reemplazar el "divorcio sanción" por el "divorcio remedio".
[60] Véase: Perera Planas, Nerio: *Análisis del Nuevo Derecho Civil.* Maracay, Fondo Editorial del Instituto de Estudios Jurídicos "Carlos Alberto Taylhardat", Colegio de Abogados del Estado Aragua, 1983, p. 161.

supone –a decir de la doctrina– una facultad *discrecional* del Juzgador (pues la norma señala "*podrá*")[61].

Este requisito relativo a probar el vínculo legal se cumple con la presentación de la respectiva partida o, en su defecto, sentencia supletoria que acredite el correspondiente estado familiar, pues la obligación la impone la ley[62]. Así se ha indicado que la obligación alimentaria reclamada no amerita de prueba por la parte accionante, vale decir, más allá de la simple probanza del vínculo conyugal, que se deriva de la respectiva partida[63].

También podría constar la filiación de un instrumento distinto (reconocimiento voluntario o sentencia) al margen de la incorporación de la respectiva nota marginal a la partida. Al efecto, se precisa una filiación legalmente establecida, que según el artículo 367 LOPNNA, letras a y b, podría resultar indirectamente de una sentencia o de declaración establecida por el progenitor mediante instrumento auténtico. Esto último se traduce en el acto del reconocimiento voluntario, por lo que no se precisaba su indicación expresa. Ahora bien, la letra c del artículo 367 de la LOPNNA sí permite la procedencia de la obligación de alimentos cuando al margen de un establecimiento legal de la filiación "el vínculo filial resulte de un conjunto de circunstancias y elementos de prueba que, conjugadas, constituyan indicios suficientes, precisos y concordantes". Es decir, cuando el Juzgador considera que por vía de presunción grave se evidencia la relación paterno-filial declara la procedencia de la obligación de manutención[64], sin perjuicio del ejercicio de las respecti-

---

[61] Véase en este sentido: Bocaranda, *Guía...*, p. 740, Perera Planas, *Ob. Cit.,* p. 161; Torres-Rivero, Arturo Luis: *Mis Comentarios y Reparos a la Reforma del Código Civil en 1982.* Caracas, Imprenta Universitaria de la Universidad Central de Venezuela, 1987, Vol. I, p. 45 y Vol. II, Parte Segunda, pp. 44 y 45.

[62] En el caso del concubinato se precisa sentencia merodeclarativa.

[63] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 13-11-06, Exp. Nº 627-06-53, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/533-13-627-06-53-52-06.html

[64] Véase: Márquez de España, Aracelis: *El Derecho de alimentos para los hijos no reconocidos establecido en el artículo 44 de la Ley Tutelar de Menores.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas,* 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 751-762.

vas acciones o recursos del pretendido progenitor, a los fines del establecimiento de la filiación[65].

3.2 *EL ESTADO DE NECESIDAD DEL REQUIRENTE*

Se precisa que el reclamante se encuentre en estado de necesidad, es decir, que no pueda cubrir por sí mismo sus requerimientos. Tal exigencia como es natural, no aplica para el hijo menor de edad[66] ni para el cónyuge, respecto de los que procede la obligación de alimentos que incluye alimentos *congruos*[67]. En algunas circunstancias el estado de necesidad no puede asimilarse a una situación de pobreza extrema sino simplemente a condiciones económicas objetivas que en el caso concreto no permiten al requirente satisfacer sus necesidades por sus propios medios. Para ello debe considerarse las particulares necesidades personales del solicitante, tales como edad, profesión, nivel socio-eco-

[65] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.,* p. 158, señala el autor que de llegar a la mayoridad se precisa plena prueba de la filiación para reclamar los alimentos según el CC.

[66] Véase artículo 295 CC: "No se requiere la prueba de los hechos o circunstancias a que se refiere el encabezamiento del artículo anterior, cuando los alimentos se pidan a los padres o ascendientes del menor de edad, y la filiación esté legalmente establecida". La obligación respecto del menor es independiente de la convivencia con los progenitores: véase: art. 290 CC y 373 LOPNNA.

[67] Véase *supra* N° II. 1. Generalmente en tales procedimientos lo que está en juego es la determinación del monto en atención a la capacidad económica del obligado. Véase: Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 19-10-06, Exp. N°. 9324, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/2144-19-9324-.html "Ahora bien, es menester señalar que existen diferencias entre el deber de socorro que poseen los cónyuges como una consecuencia derivada del matrimonio emanada del artículo 139 del Código Civil, y la llamada obligación alimentaria propiamente dicha que se encuentra en el Libro Primero del indicado texto sustantivo, referido a "Las Personas", en su Título Octavo bajo la denominación "De la Educación y de los Alimentos". El primero, como antes se indicó nace con el matrimonio, y no es menester el demostrar necesidad alguna para solicitar y recibir el socorro; mientras que en el segundo, puede tener como fuente, bien una disposición legal, o por acuerdo de voluntades, o bien por disposición testamentaria, e incluso por hecho ilícito; mas en el caso de obligación legal, referida concretamente a personas unidas por vínculos de familia –que es la que en definitiva posee relevancia a los efectos de la solución del presente caso– pueden presentarse dos situaciones, vale decir, aquellos casos en los que vasta probar la condición de familiar en el grado exigido por el legislador, o simplemente la relación de familiaridad, como en el caso de la obligación de alimentos respecto a los hijos menores, e incluso respecto al cónyuge conforme al 139 del Código Civil distinto del 286 *eiusdem*, sin más que probar; mientras que para el resto de los casos de obligación familiar es menester además del vínculo familiar que se demuestre la necesidad de la ayuda y la capacidad económica de quien por Ley está obligado".

nómico, etc. Circunstancias que quedarán a la sana apreciación del Juzgador a los fines de considerar configurado un estado de necesidad.

Lo anterior ciertamente supone la "imposibilidad" del reclamante de cubrir sus necesidades. Sin embargo, vale insistir que ello no supone un concepto limitado de imposibilidad (enfermedad o discapacidad) sino que vendrá dado por las particulares circunstancias del necesitado. Así por ejemplo, respecto a la obligación de alimentos que podría requerir de sus progenitores el hijo mayor de edad estudiante[68], mal podrían alegar éstos que si aquél se encuentra sano tiene posibilidades de trabajar. Resulta obvia la procedencia de dicha *obligación de manutención* paterna[69], a fin de completar la educación profesional del hijo y que es extensible por la propia LOPNNA hasta los 25 años[70]. Hemos indicado en otra oportunidad que a los 18 años se tiene capacidad de obrar pero no capacidad económica, y si los padres tienen medios, deben cubrir los costos que permitan al hijo realizar estudios superiores en condiciones de óptimo rendimiento, que son vitales en la

[68] Véase Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 68 y 69, debe distinguirse obligación de mantener hijos menores de la obligación alimentaria de los padres una vez llegada la mayoridad, que se encuentren en estado de necesidad.
[69] Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.,* pp. 503 y 504; AMCSFM2, Sent. 19-1-00, J.R.G., T. 162, pp. 80-82, los progenitores están obligados a ayudar a sus hijos mayores cuando éstos se encuentren estudiando y no puedan, en consecuencia, cubrir por sí mismos la satisfacción de sus necesidades; AMCSFM2, Sent. 8-1-99, J.R.G., T. 150, p. 70; AMCS1FM, Sent. 12-9-96, J.R.G., T. 139, p. 71, el mayor de edad que demanda alimentos debe probar incapacidad; DFMSC8, Sent. 28-4-83, JRG, T. 82, p. 125 y 126, la capacidad no implica que por el solo hecho de cumplir los 18 años, ya se convierte en productor quien hasta el día anterior no efectuaba un trabajo remunerado, por estar en etapa de estudios y ello por sí solo hace procedente el mantenimiento de la protección alimenticia educacional; AMCSFM1, Sent. 9-3-94, J.R.G., T. 129, pp. 88 y 89.
[70] Véase LOPNNA, artículo 383, letra b, hasta los 25 años; "La Obligación de Manutención se extingue: a) Por la muerte del obligado u obligada, o del niño, niña o adolescente beneficiario o beneficiaria de la misma; b) Por haber alcanzado la mayoridad el beneficiario o la beneficiaria de la misma, excepto que padezca discapacidades físicas o mentales que le impidan proveer su propio sustento, o cuando se encuentre cursando estudios que, por su naturaleza, le impidan realizar trabajos remunerados, caso en el cual la obligación puede extenderse hasta los veinticinco años de edad, previa aprobación judicial". Artículo 282 CC "El padre y la madre están obligados a mantener, educar e instruir a sus hijos menores. Estas obligaciones subsisten para con los hijos mayores de edad, siempre que éstos se encuentren impedidos para atender por sí mismos a la satisfacción de sus necesidades".

sociedad moderna[71] al margen de la profesión de que se trate[72]. Debe distinguirse así la obligación de *manutención* prevista en la LOPNNA y que es extensible –según dispone la propia ley– hasta los 25 años en caso de estudios o discapacidad, de la obligación de *alimentos* que puede presentarse con posterioridad a tal edad[73] o al margen de estudios o discapacidad. Se ha reconocido inclusive la competencia de los Juzgados del Niño y del Adolescente respecto de la primera[74]. La obligación de alimentos que rige para los hijos mayores de dieciocho (18) por las reglas del CC a nuestro criterio incluye la que tiene lugar respecto de hijos que no realizan estudios teniendo menos de 25 años o que no presentan discapacidad, pues la norma del 383 de la LOPNNA es clara en consagrar una excepción a la extinción de la obligación de "manutención" por mayoridad en tales supuestos.

No es descartable que después de la citada edad de los 25 años los hijos sigan precisando estudios vitales para completar su formación. Superada tal edad, podría el juez apreciar las circunstancias particulares del

[71] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* p. 171.
[72] Véase: *Ibíd*., p. 172, nota 69: "No creemos que porque la norma se refiera a 'estudios que, por su naturaleza, le impidan realizar trabajos remunerados' se pretenda establecer una 'categoría' de carreras o estudios universitarios que en razón de una pretendida dificultad sean los que dieran lugar a la extensión de la obligación alimentaria. Ciertamente ello propiciaría distinciones arbitrarias y subjetivas porque las dificultades en el estudio de una profesión dependen de múltiples factores. En todo caso, lo 'ideal' es que si los padres cuentan con medios económicos los hijos se dediquen a tiempo completo a sus estudios superiores, porque el tiempo para estudiar es único y el rendimiento en cualquier carrera es superior si no existe necesidad laboral. De allí que la expresión o voluntad de la ley está dirigida a descartar simples 'cursos' temporales que no revisten carácter profesional y que descartan *per se* el carácter de 'necesario' que ha de revestir la obligación de alimentos. Recordemos que la obligación de alimentos precisa de tres elementos: el vínculo o parentesco, el estado de necesidad del requirente y la capacidad económica del obligado".
[73] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 172 y 173, "En nuestro concepto, esta previsión de la LOPNNA se presenta como una suerte de extensión de la obligación de alimentos de los padres respecto de sus hijos menores y no propiamente como la obligación alimentaria recíproca y perpetua a la que hacíamos referencia al tocar el aspecto de la alimentación. Ello pues se evidencia que el legislador supone que una persona por el solo hecho de la mayoridad no está capacitada para valerse por sí misma en el ámbito económico y por ello coloca como límite la edad de 25 años, en la cual en condiciones normales, culminamos nuestros estudios superiores. La existencia de una obligación de alimentos, una vez superada esta última edad, se regirá por las normas referidas a la institución, a saber: estado de necesidad del requirente y capacidad económica del obligado".
[74] Véase: TSJ/Sala Constitucional, Sent. 1756 del 23-8-04, J.R.G, T. 214, pp. 304-307; TSJ Sala Plena, Sent. N° 2 del 15-1-08.; TSJ Sala Plena, Sent. N° 73 del 14-5-08.

caso concreto y considerar que la "necesidad" no está en función de la posibilidad temporal de trabajar, si la misma va en perjuicio de un logro vital que necesita alcanzar el reclamante para valerse por sí mismo en el futuro[75]. El artículo 76 de la Carta Magna y 358 de la LOPNNA aluden a la obligación de los progenitores de formar, educar, mantener y asistir a los hijos, pero como bien ha señalado la doctrina esa obligación no se cumple cabalmente si no se concede una educación profesional[76].

La Constitución en el artículo 76 señala:

> El padre y la madre tiene el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlas cuando aquél o aquélla no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La Ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Por otra parte, el estado de necesidad podría ser del progenitor y es de recordar que la obligación de alimentos es recíproca y perpetua, por lo que de mediar tal circunstancia podrían eventualmente resultar obligados en alimentos los hijos, aun cuando éstos sean menores de edad, si éstos poseen medios de fortuna. Recordemos que con la Reforma del CC de 1982, los padres ya no tienen el usufructo legal sobre los bienes de los hijos y por ende no hacen suyos los frutos y rentas de los bienes del menor; si el niño o adolescente posee bienes de fortuna inclusive sus rentas deben acumularse en su exclusivo beneficio e interés. De tal suerte, que la única forma de que los progenitores puedan tomar de los bienes del menor lo necesario para su subsistencia –a nuestro criterio– tiene lugar por vía de reciprocidad de la obligación de alimentos, so pena de incurrir en responsabilidad, toda vez que los padres no pueden disponer del patrimonio del hijo sin autorización judicial.

---

[75] Creemos que ello pudiera plantearse por ejemplo, respecto de hijos que superen los 25 y años y precisen de estudios vitales (inclusive de cuarto nivel) que por su costo y dedicación harían muy pesada la carga de trabajo simultáneo. Tal situación a nuestro criterio es subsumible en el estado de necesidad o imposibilidad del requirente, en lo que respecta a los alimentos que pudiera eventualmente reclamarle el hijo a los progenitores de tener éstos capacidad económica.

[76] Véase: Wills, Lourdes: *La educación del hijo sometido a patria potestad.* Caracas, edit. Torino, 2001, pp. 72-74.

Volviendo a la obligación alimentaria en general, se precisa la necesidad del requirente. Por ende, lo que está descartado son circunstancias objetivas que denoten que tal estado de necesidad le es imputable al solicitante, por circunstancias atribuibles a su propia conducta, verbigracia por inercia, flojera, o prodigalidad[77]. Serán supuestos que analizará el Juzgador a la luz del caso concreto, pues acertadamente se indica que "el concepto de necesidad es relativo: ha de juzgarse en relación con la persona concreta. La necesidad del alimentista es cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juez de instancia"[78].

El artículo 289 CC prevé que al concurrir varias personas con derecho a alimentos, éstos se repartirán entre ellos en la proporción que establezca el Juez, atendiendo al número y condición económica de los mismos; pero si el obligado es casado y tiene hijos o descendientes, éstos y el cónyuge tienen siempre derecho preferente. La LOPNNA contiene una referencia también a la proporcionalidad en caso de concurrencia de varias personas a la manutención en su artículo 371[79].

3.3 *CAPACIDAD ECONÓMICA DEL OBLIGADO*

La concurrencia de las condiciones para la procedencia de la obligación alimentaria, reclama sin lugar a dudas, que al margen de la obligación legal existente y del estado de necesidad del requirente, es absolutamente imprescindible la capacidad económica del obligado, es decir, que éste cuente con los medios patrimoniales necesarios para poder soportar la ayuda económica que se le solicita, sin perjuicio de su propia subsistencia y la de los familiares más allegados.

Si la persona a quien se piden alimentos también es pobre aunque no sea tanto como aquél, no puede ser obligada a suministrarlos, porque ello equivaldría a situarlo en la posición de tener que pedírselos a su vez a otro[80].

---

[77] Véase: Díez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 47, aluden a que se precisa que la causa de su situación no le sea imputable.
[78] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 58.
[79] La norma indica: "Cuando concurran varias personas con derecho a manutención, el juez o jueza debe establecer la proporción que corresponde a cada una, para lo cual tendrá en cuenta el interés superior de niños, niñas y adolescentes, la condición económica de todos y el número de los y las solicitantes"
[80] Domínici, *Ob. Cit.,* p. 391.

Sin embargo, la ley excluye expresamente la obligación de alimentos aunque tengan lugar las condiciones necesarias, de conformidad con el artículo 299 del CC respecto del que "fuere de mala conducta con respecto al obligado, aun cuando hayan sido acordados por sentencia". Igualmente, no procede por la "indignidad" del acreedor en razón de los supuestos del artículo 300 CC[81].

4. EXTINCIÓN Y CONSIDERACIONES PROCESALES

La obligación de alimentos entre parientes que hemos indicado (no así la relativa a *hijos menores* y entre *cónyuges*) precisa de una sentencia o decisión judicial. Ello es natural porque los supuestos legales indicados deben ser probados y se amerita entonces el análisis del Juzgador de las circunstancias concretas que configurarían los mismos. En efecto, debe probarse la necesidad o imposibilidad económica del requirente y la capacidad económica del obligado; la acreditación del parentesco correspondiente simplemente precisará de la prueba instrumental, esto es, la respectiva acta de nacimiento o de matrimonio de la que se deriva el estado, o en su defecto, la correspondiente sentencia supletoria.

Ello supone, que la obligación alimentaria bajo análisis tiene vigencia a partir de la fecha de la sentencia, y no cabe según dijimos pretenderla retroactivamente porque tiene carácter irretroactivo.

La obligación de alimentos se extingue por diversas razones[82]. Dicha obligación puede variar, modificarse o extinguirse[83] por decisión judicial si varían las causas que le dieron origen a tenor del artículo 294 CC porque según indicamos es variable o condicional. Se extingue también dado su carácter personalísimo por la muerte del requirente o del obligado[84], y así lo prevé expresamente el artículo 298 CC y 383, letra a

---

[81] Véase: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 282 al 300, *Ob. Cit.,* p. 301.
[82] Véase: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 282 al 300, *Ob. Cit.,* p. 228, se indica: cesación del estado de necesidad del acreedor, cesación de la capacidad económica del deudor, muerte del acreedor o del deudor, mala conducta del acreedor, indignidad del acreedor y desaparición del vínculo familiar; Aguilar Mawdsley, *Ob. Cit.,* pp. 63-68.
[83] Aun cuando podría decretarse nuevamente de darse las condiciones necesarias.
[84] Véase: Sala del Juzgado del Municipio Arismendi del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 21-11-05, Exp. N° 484-2005, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/1228-18-484-2005-.html. El beneficio de una pensión de alimento no puede estar afectado por sentencia de declaración de ausencia.

LOPNNA. Esta última norma en su letra b), dispone también que se extingue la obligación de manutención por la "mayoridad", salvo en caso de discapacidad o estudios hasta los 25 años de edad.

Si excepcionalmente se pierde el vínculo legal que da lugar a la obligación la misma desaparece como es el caso de la nulidad de la adopción. Al disolverse el matrimonio se extingue la obligación de alimentos, salvo lo casos de divorcio de los artículos 185, ord. 7, 195 CC[85]. En el caso de este último artículo se extingue además de la muerte, si cesa la incapacidad del necesitado o éste contrae nuevas nupcias.

También se pierde la obligación alimentaria, por obvias razones de moralidad en los citados supuestos de los artículos 299 y 300 CC. El primero de éstos relativo a la mala conducta del requirente respecto del obligado en tanto que el artículo 300 prevé el caso de delitos que ameriten al menos prisión cometidos respecto del obligado o sus familiares, adulterio con el cónyuge del obligado o abandono del obligado si éste estuvo en estado de demencia.

La negativa injustificada a prestar alimentos constituye causa de indignidad a tenor del artículo 810, ord. 3° que dispone que son incapaces de suceder como indignos: "Los parientes a quienes incumba la obligación de prestar alimentos a la personas de cuya sucesión se trate y se hubieren negado a satisfacerla, no obstante haber tenido medios para ello". Ello, por razones de moralidad, lo ubica la doctrina dentro de las incapacidades especiales de goce[86], que excepcionalmente puede ser solventada por el afectado, según prevé el artículo 811 CC[87].

En cuanto al procedimiento judicial en materia de alimentos, sólo cabe referir que el mismo está previsto en los artículos 747 al 751 del

[85] Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 14-5-08, Exp. Nº 32.189, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/516-14-32189-585.html "...cesando de esta manera los deberes y derechos que tienen los cónyuges de ayudarse recíprocamente; en consecuencia, es menester para esta Juzgadora DECLARAR EXTINGUIDA la presente obligación alimentaria, conforme lo disponen los artículos 139 y 195 del Código Civil".
[86] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* p. 58; Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 17ª edic., 2005, p. 205.
[87] "Quien haya incurrido en indignidad puede ser admitido a suceder, cuando la persona de cuya sucesión se trate lo haya rehabilitado por acto auténtico".

Código de Procedimiento Civil, bajo el título "Del juicio de Alimentos"[88], Capítulo V[89]. Según López Herrera sigue vigente el Capítulo III de la Ley de Protección Familiar y el procedimiento relativo a los alimentos entre cónyuges, pues no fueron derogados ni por la Ley Tutelar de Menores ni por la LOPNNA[90]. Sin embargo, ni la doctrina[91] ni las decisiones judiciales encontradas refieren tal procedimiento sino el del CPC inclusive en el caso de solicitud de alimentos al cónyuge[92], suponemos que en atención a que el Código Adjetivo de 1987 es posterior a la Ley de Protección Familiar[93]. Por su parte, en materia de niños y adolescentes la denominada a partir de la Reforma "obligación de *manutención*" consagrada en los artículos 365 y ss., es susceptible de ser reclamada judicialmente por el procedimiento ordinario contencioso establecido al efecto a tenor de los artículos 177, páragrafo primero letra d, 450 y ss, 384 de la LOPNNA[94]. Entre los legitimados activos de la solicitud de alimentos el artículo 376 *eiusdem* incluye al adolescente.

---

[88] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 19, concluye en su opinión que dada la naturaleza del proceso alimentario entre las personas vinculadas por el parentesco o por matrimonio no puede haber "costas".

[89] Véase: Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 19-10-06, Exp. N°. 9324, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/2144-19-9324-.html; El trámite del juicio de pensión de alimentos se encuentra en el Título IV, denominado "De los procedimientos relativos a los derechos de familia y al estado de las personas", específicamente en el Capítulo V. Por otra parte, el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, establece lo siguiente: "...se consideraran apreciables en dinero todas las demandas, salvo las que tienen por objeto el estado y la capacidad de las personas". Obsérvese pues, que la norma transcrita, prevé taxativamente como "regla" que todas las demandas se considerarán apreciables en dinero y como "excepción", las que tengan por objeto el estado y la capacidad de las personas y, siendo que el artículo 750 del Código de Procedimiento Civil establece que el Tribunal competente para conocer de dichas demandas, es el Tribunal de Primera Instancia".

[90] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.,* pp. 188 y 189, incluyendo nota N° 49.

[91] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 80-82; Rodríguez, *Ob. Cit.,* pp. 87 y 88.

[92] Véase: Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 19-10-06, Exp. N°. 9324, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/2144-19-9324-.html; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 13-11-06, Exp. Nº 627-06-53, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/533-13-627-06-53-52-06.html; TSJ/SCC, Sent. N° 582 del 1-8-06, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00582-010806-06014 "...en relación a los pedimento relativos a la pensión de alimentos y justicia gratuita, éstos no debieron ser decididos por el juez de primera instancia en una sola decisión, pues los mismos deben ser sustanciados y decididos en cuadernos separados de conformidad con los artículos 139 del Código Civil y 747 del Código de Procedimiento Civil".

[93] G.O. 26.735 del 22-12-61.

[94] G.O. 5859 del 10-12-07.

Se ha indicado la necesidad del actor de señalar un monto estimado que cubriría la pensión de alimentos, pues no está dado al Juzgador suplir tal elemento[95]. La LOPNNA indica en el artículo 456, Parágrafo primero:

> En la demanda de Obligación de Manutención se debe indicar la cantidad que se requiere y las necesidades del niño, niña o adolescente, y si fuera posible se señalará el sitio o lugar de trabajo del demandado o demandada, su profesión u oficio, una estimación de sus ingresos mensuales y anuales y su patrimonio.

En la determinación del monto para la respectiva obligación de alimentos se tomará en cuenta los requisitos o supuestos, a saber, la necesidad y capacidad del obligado, amén del vínculo de parentesco (entre hermanos la ley lo circunscribe a sustento, vestido y habitación según el artículo 284 CC y entre tíos a alojamiento y comida según prevé 285 *eiusdem*).

En materia de menores la LOPNNA en su artículo 369[96] alude expresamente a los elementos de determinación de la obligación de manutención en atención a la capacidad y necesidad, y agrega como punto acertado que el ajuste automático de la pensión precisa de la prueba de aumentos de ingresos del obligado pues la ley anterior disponía el ajuste

---

[95] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 13-11-06, Exp. Nº 627-06-53, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/533-13-627-06-53-52-06.html "En la causa bajo análisis, se reitera, la parte accionante no indicó en forma alguna, ni siquiera a título de estimación aproximada, la cuantificación específica de su necesidad de alimentos, como derivación de la obligación de socorro conyugal, lo cual ata de manos al sentenciador toda vez que no puede suplir la actividad de las partes, y menos aun decidir en carencia de los elementos fácticos necesarios para aplicar el derecho".

[96] "Para la determinación de la Obligación de Manutención, el juez o jueza debe tomar en cuenta la necesidad e interés del niño, niña y adolescente que la requiera, la capacidad económica del obligado u obligada, el principio de unidad de filiación, la equidad de género en las relaciones familiares y el reconocimiento del trabajo del hogar como actividad económica que genera valor agregado y produce riqueza y bienestar social.
Cuando el obligado u obligada trabaje sin relación de dependencia, su capacidad económica se establecerá por cualquier medio idóneo.
La cantidad a pagar por concepto de Obligación de Manutención se fijará en una suma de dinero de curso legal, para lo cual se tomará como referencia el salario mínimo mensual que haya establecido el Ejecutivo Nacional, para el momento en que se dicte la decisión. En la sentencia podrá preverse el aumento automático de dicha cantidad, el cual procede cuando exista prueba de que el obligado u obligada de manutención recibirá un incremento de sus ingresos".

automático de conformidad con la tasa de inflación del Banco Central lo cual no se era necesariamente paralelo al aumento de ingreso del obligado. La LOPNNA en los artículos 381 y 466-B consagra la posibilidad del Juez de ordenar diversas medidas preventivas en materia de obligación de manutención.

El incumplimiento de la obligación de manutención de menores de edad puede propiciar sanciones previstas en la LOPNNA, tales como la privación de la patria potestad (art. 352, letra i), la limitación del régimen de convivencia familiar o antiguo derecho de visitas (389), y multa (art. 223).

En materia de menores, además de las normas y procedimiento especial de la LOPNNA deberá tenerse en cuenta a los efectos del juicio de alimentos[97] las reglas y principios especiales que rigen la infancia y la adolescencia[98].

---

[97] Véase: Barrios, Haydée: *Interpretación y alcance de la obligación alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* En: *Cuarto Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. V Jornadas sobre la LOPNA.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 141-173; Ávila García, Ydamis: *La obligación alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2002; Ávila García, Ydamis: *La obligación alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: Análisis Jurisprudencial.* En: *LEX Nova Año 2002 N° 241.* Maracaibo, Colegio de Abogados del Estado Zulia, 2003, pp. 149-166; Martínez Rincón, José Francisco, *La irrelevancia penal del pago de las obligaciones alimentarias en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* En: *Quinto Año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. VI Jornadas sobre la LOPNA.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 235-248; Morales de Contreras, María Teresa: *Violación a los Derechos Alimentarios del Menor.* En: *I Congreso Venezolano de Derecho de Familia.* Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Mérida, Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 173-180; Silva de Ramírez, Virtud: *Los derechos alimentarios del menor –en la legislación especial–.* Caracas, Paredes Editores, 1995; Tortoledo de Salazar, Flor: *El derecho alimentario del menor.* Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1995.

[98] Véase LOPNNA entre otros artículos: 7 (prioridad absoluta), 8 (interés superior), 80, (escuchar opinión del menor) y 87 (acceso a la justicia).

Capítulo III

El Matrimonio

1. **Noción, naturaleza y caracteres.**
2. **Requisitos: 2.1** *De fondo:* **2.1.1** Diversidad de sexos. **2.1.2** Capacidad. **2.1.3** Consentimiento. **2.1.4** Ausencia de impedimentos. **2.2** *De forma:* **2.2.1** *Los esponsales o manifestación esponsalicia.* **2.2.2** *Solemnidades.*
3. **Impedimentos: 3.1** *Impedientes.* **3.2** *Dirimentes.*
4. **Nulidad: 4.1** *Causas.* **4.2** *Efectos.*
5. **Deberes y Derechos**.

1. NOCIÓN, NATURALEZA Y CARACTERES[1]

El matrimonio se inicia con un acto jurídico familiar solemne por medio del cual hombre y mujer se unen en una comunidad de intereses a los

---

[1] Véase: Casanovas, Domingo: *Teoría del derecho: el matrimonio como vinculación jurídica.* En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,* Vol. 4, N° 4, 1939, pp. 241-253; Gómez Galán, Piedad: *El matrimonio,* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1985; Jemolo, Arturo Carlo: *El matrimonio:* Buenos Aires, edit. Jurídica Europa-América, 1954; Monroy, Luis Alberto: *Algunas consideraciones sobre el matrimonio civil.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1980; Torrealba Ramírez, José A.: *El matrimonio.* En: *Derecho y sociedad*. N° 2. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, abril 2001, pp. 361-420; López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 198-464.

fines hacer una vida juntos[2]. Vale también la idea de que constituye una institución fundamental del Derecho de Familia[3], que se manifiesta en la unión formal y legal de un hombre y una mujer "ordenada a una plena comunidad de vida"[4]. El matrimonio es aquella figura jurídica mediante la cual se traduce en derecho la conveniencia e intimidad de dos personas de distinto sexo[5], que produce entre ellas un nuevo estatus jurídico; se precisa la voluntad formal de matrimonial, y ello lo distingue cabalmente de cualquier otra forma de unión como el concubinato[6].

Si tradicionalmente se admite que la familia es el elemento natural de la sociedad, ha de concluirse que el vínculo matrimonial representa la base formal de esta última, aun cuando modernamente el concubinato ocupe un lugar equivalente, pero ello acontece por darse a semejanza de aquél. La protección constitucional de ambos institutos está expresamente consagra el artículo 77 de la Carta Magna. Sin embargo, desde el punto de vista probatorio y solemne, el matrimonio sigue ocupando un lugar preeminente a nivel jurídico en el Derecho de Familia, por ser la institución familiar por excelencia, lo cual se sigue proyectando a nivel práctico por contar con una prueba preconstituida de su existencia a saber, el acta de matrimonio.

---

[2] Véase: Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.*, p. 63, es la unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de ciertas formalidades legales o ritos, tendente a realizar una plena comunidad de existencia.

[3] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 28-4-08, Exp. N° 008687, http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/1695-28-008687-.html "...el matrimonio es la institución fundamental del derecho de familia, ...El matrimonio es una institución jurídica consagrada en nuestra Carta Fundamental..."; Monroy Cabra, Marco Gerardo: *Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia.* Bogotá, edit. Temis, 1979, los más diversos autores han exaltado la excelencia de la familia en el orden humano y social y desde luego, la función trascendental del matrimonio como origen de la familia; González, Oly Grisolia: *Convivencia matrimonial y marital.* En: *I Congreso Venezolano de Derecho de Familia.* Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, p. 111, el matrimonio ha sido visto como una institución fundamental del Derecho, de la religión y de la vida.

[4] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, p. 88. En sentido semejante: Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 93, señala que es una institución destinada a conformar unión entre hombre y mujer, sujeta al cumplimiento de los requisitos de ley.

[5] Casanovas, *Ob. Cit.*, pp. 241 y 242.

[6] *Ibíd.*, p. 248.

Con el matrimonio, hombre y mujer hacen una vida común; caminan juntos en la realización de intereses compartidos, que incluye el afecto, la asistencia, la cohabitación, la procreación, la satisfacción sexual, etc. Y aunque algunos de éstos puedan faltar temporalmente como la cohabitación, la procreación o las relaciones sexuales, sin embargo ello no implica necesariamente perturbación esencial del vínculo, así como múltiples parejas podrán prescindir de la procreación sin que ello denote elemento de perturbación en la relación matrimonial, la cual se soportará en un lazo afectivo de orden superior.

La doctrina admite ciertamente que la capacidad para procrear y la capacidad sexual son importantes en el matrimonio y así lo considera el Legislador venezolano al exigir para la validez del vínculo la capacidad para procrear (artículos 46 y 47 CC) y consagra la impotencia manifiesta y permanente anterior al matrimonio como causa de nulidad (artículo 119 CC). Sin embargo, también acepta tácitamente la validez del matrimonio entre personas (al menos mujeres) que no está en edad de procrear en razón de su edad avanzada, pues no impone límite de edad para contraerlo[7].

En nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio civil, es decir, el que regula la ley es el único matrimonio válido, de conformidad con el artículo 44 del CC, sin que ello sea óbice para que las partes celebren el matrimonio igualmente por los ritos religiosos de su preferencia. Sin embargo, a tenor del artículo 458 CC "*las partidas eclesiásticas tendrán el valor de presunciones*" en un juicio de inserción de partida, lo cual tiene sentido porque el ministro del culto correspondiente debe constatar la existencia del vínculo civil de conformidad con el artículo 45 *eiusdem*.

Entre los caracteres[8] que presenta el matrimonio para el Derecho, se ubica: *monogámico o unitario*[9], es decir, que acontece entre *un solo* hombre y *una sola mujer*, a tenor del artículo 44 CC que prevé: "El

[7] Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 74.
[8] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 77; Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 93 y 94; Baqueiro y Buenrostro, *Ob. Cit.*, p. 41.
[9] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, pp. 21 y 22.

matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer" y 77 de la Constitución que dispone: "Se protege el matrimonio entre un *hombre* y una *mujer*...". Se deduce que en nuestro ordenamiento vigente el matrimonio precisa de una relación *heterosexual*, es decir, sólo puede acontecer entre hombre y mujer, por lo que a diferencia de otras legislaciones[10], no se admite en la actualidad el matrimonio entre parejas del mismo sexo. La institución matrimonial es de *orden público*, esto es, dada su relevancia en la creación y preservación de la familia, su regulación está sustraída del principio de la autonomía de la voluntad; las partes deben cumplir en constitución las formalidades que impone la ley y no está dado a los contrayentes desconocerlas por acuerdos entre sí. El matrimonio, a diferencia del concubinato que surge espontáneamente, constituye un acto *solemne*, porque precisa de una serie de formalidades que impone la ley y que han de cumplirse so pena de nulidad. Tiene igualmente carácter *permanente* porque si bien puede disolverse por muerte o divorcio, este último acontece en principio en casos excepcionales de perturbación del vínculo; se supone que hombre y mujer se casan porque presumen al menos *ab initio* que su relación se prolongará en el tiempo, a fin de compartir una vida común; el carácter temporal o pasajero de una relación contraría la esencia del matrimonio. El matrimonio es *consensual*[11] porque por tratarse de un acto jurídico precisa de la concurrencia de voluntades entre hombre y mujer para su realización, lo cual queda claramente asentado en el acta respectiva, mediante la recíproca declaración de los contrayentes de tomarse por marido y mujer[12].

[10] Véase: Nuevo, Pablo: *Reflexiones constitucionales a propósito del llamado matrimonio homosexual*. En: Dikaion *Lo Justo* N° 15. Revista de Actualidad Jurídica. Bogotá, Universidad de la Sabana, 2006, pp. 31-52.
[11] Dispone el citado artículo 77 de la Carta Magna que el matrimonio "...se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los deberes y derechos de los cónyuges".
[12] Véase artículo 89, ord 3° CC: "La declaración de los contrayentes de tomarse por marido y mujer".

Finalmente, cabe concluir, que el matrimonio constituye un *acto jurídico*[13], porque supone la voluntad de la persona, específicamente se traduce en un *negocio jurídico*[14] de carácter personal[15], pues constituye una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos. De allí que se indique que se trata de un acto jurídico o un negocio jurídico familiar[16]. Sin embargo, se aclara aunque parezca obvio, que dicho negocio jurídico no es privado porque no depende de la exclusiva voluntad de las partes, sino que a ésta debe unirse la declaración del funcionario por ser quien autoriza el Estado para concederle al matrimonio su carácter formal y solemne.

La referencia al acto jurídico del matrimonio nos trae a colación la naturaleza jurídica[17] del mismo a través de dos las concepciones dominantes según la doctrina: la concepción del matrimonio-*contrato*[18] y la concep-

[13] Véase: Díaz de Guijarro, Enrique: *Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar.* En: *Estudios de Derecho Civil en Honor del profesor Castán Tobeñas.* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1969, T. VI, p. 206, entre los actos jurídicos familiares ubica precisamente entre otros el matrimonio y el reconocimiento. Véase también: Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 215, se refiere al matrimonio como acto jurídico familiar revestido de formalidades; Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.*, pp. 68 y 69, el matrimonio constituye un acto jurídico que se desenvuelve en la teoría del acto jurídico familiar, y la relación jurídica matrimonial trasciende en el estado familia; Baqueiro y Buenrostro, *Ob. Cit.*, pp. 39 y 41, señala que el matrimonio tiene dos acepciones: como acto jurídico y como estado matrimonial que se deriva del acto. El matrimonio puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer. En sentido semejante, aunque alude a contrato y distingue entre contrato de matrimonio y estado matrimonial: Bonnecase, *Ob. Cit.*, p. 115.

[14] Véase sobre éste: Maluquer de Motes, Carlos: *Derecho de la Persona y negocio jurídico*. Barcelona, Bosch, 1993, pp. 231 y ss.; López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 197, califica al matrimonio como el "más importante de todos los negocios jurídicos".

[15] De contenido personal por oposición a los negocios jurídicos de contenido patrimonial. Véase: Lasarte, Carlos: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, T. I, p. 452.

[16] Véase: O'Callaghan, Xavier: *Compendio de Derecho Civil.* Parte General. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, 3ª edic., 1997, Tomo I, p. 473, los negocios jurídicos familiares son los que se refieren a las relaciones de familia, porque constituyen, modifican o extinguen las mismas. El ejemplo más típico es el matrimonio; Díez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.*, p. 64, señalan que la opinión dominante lo ubica como un negocio jurídico de Derecho de Familia; otros como acto jurídico porque las partes se limitan a constituir presupuesto de ley.

[17] Véase sobre su naturaleza jurídica: Jemolo, *Ob. Cit.*, pp. 39-50.

[18] Véase: Bonnecase, *Ob. Cit.*, pp. 114 y 115. Indica que "en el fondo el matrimonio no es sino la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad de contrato por ley". (*Ibíd.*, p. 115).

ción del matrimonio-*institución*[19]. Esta última distingue la institución del matrimonio del acto jurídico que pone en movimiento dicha institución[20]. D'Jesus comenta que la doctrina venezolana no está clara respecto a la naturaleza del matrimonio, pues se divide entre contrato e institución, pero la idea del contrato se repite al aceptar figuras como la nulidad, el divorcio y la sucesión por causa de muerte[21]. Cada tesis pareciera presentar algo de cierto[22], según la perspectiva desde que se enfoque, porque ciertamente nace a partir de un acto o negocio jurídico[23] que precisa de la voluntad de los contrayentes, pero que requiere del funcionario para crear el vínculo jurídico. Vínculo o estado que se acerca a la imprecisa noción de "*institución*", pues abarca mucho más que el acto que la origina e incluye además de éste las reglas o principios que los regulan[24].

[19] Planiol y Ripert, *Ob. Cit.*, p. 248, "constituida por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos y, por tanto, a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción de derecho". Institución que combina la concurrencia de la voluntad de los contrayentes con la declaración del funcionario que los declara unidos en matrimonio, agregan que "indudablemente, la institución jurídica del matrimonio, en la forma antes definida. Derivada de la naturaleza misma de las cosas, es esencialmente imperativa en todas sus partes, imponiéndose a los interesados exteriormente, exigiendo, para aplicarse, a los mismos su adhesión en la forma de un acto jurídico, sin ninguna discusión o modificación; únicamente exige una declaración de los interesados la cual es, por otra parte, inoperante si el oficial del Estado Civil no declara su unión". Véase también: Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, p. 89, que lo consideran una institución especialísima aunque el acto constitutivo es un acuerdo de voluntades.

[20] Planiol y Ripert, *Ob. Cit.*, pp. 245-248.

[21] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, pp. 24 y 25.

[22] Según se desprende de las nociones que dimos al comienzo del tema (como acto jurídico complejo o como institución). Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 220, podemos considerar la naturaleza jurídica del matrimonio desde dos ángulos como negocio jurídico y como institución jurídica. Las tendencias doctrinales contemporáneas no hacen otra cosa que armonizar ambas.

[23] Categoría en la que puede incluirse el contrato.

[24] Véase: Domínguez Guillén, *La persona...,* p. 325, incluyendo nota 31, la doctrina indica que las relaciones jurídicas recíprocas o situaciones jurídicas (que suponen deberes y derechos correlativo) dan lugar a una institución jurídica entre las que se coloca el ejemplo de la institución jurídica del matrimonio. Pues la institución jurídica supone un conjunto de disposiciones de Derecho relativas a las relaciones jurídicas de una determinada clase.

2. REQUISITOS

El matrimonio como acto solemne precisa de algunos requisitos[25] de *fondo* (existencia) y de *forma* (validez), los cuales están dispersos a lo largo del Código Sustantivo. Entre los requisitos de fondo, se ubican: *la diversidad de sexos, la capacidad* (discernimiento, sexualidad y pubertad), *consentimiento y ausencia de impedimentos*[26]. Por su parte, entre los requisitos de forma se encuentran los *esponsales* y las *solemnidades* que dispone la ley en cuanto a su celebración.

2.1 *DE FONDO*

2.1.1 *Diversidad de sexos*

Según señalamos, y de conformidad con el artículo 44 del CC, el matrimonio debe tener lugar entre un hombre y una mujer[27]. De tal suerte que en nuestro ordenamiento jurídico vigente –a diferencia de otras legislaciones– no se admite la unión matrimonial homosexual; ha de tratarse en consecuencia de una pareja heterosexual. Los conflictos de género pueden plantear inconvenientes, pero fundamentalmente podría distinguirse dos de ellos que pudieran afectar el punto en estudio: el hermafrodita y el transexual. El primero de ellos presenta simultáneamente ambos órganos sexuales (femenino y masculino) y el pseudohermafroditismo supone el predominio de uno de ellos; se ha resuelto el asunto considerando que el sujeto pertenece al género predominante[28], y en algunos supuestos se acude al auxilio de la cirugía y a la corrección del acta correspondiente si fuera el caso. El transexual no presenta correspondencia entre su sexo físico y su sexo psicológico por lo que puede llegar inclusive a una intervención quirúrgica para adaptar el cuerpo a su mente; dicho trastorno obviamente involuntario[29] ha sido resuelto

[25] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 237-341; Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 103-156; Rodríguez, *Ob. Cit.*, pp. 103-117.
[26] Véase aludiendo a tales requisitos y a algunos impedimentos a los fines de la procedencia del concubinato, por remitirse a los requisitos de ley: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, Sent. 21-9-04, Exp. Exp. N° 2343, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/1179-21-2343-.html
[27] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 222. Véase *supra* N° III.1.
[28] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 241, Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 106.
[29] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* En: *Revista de Derecho N° 7*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 106 y 107.

formalmente en algunas decisiones judiciales que admiten el correspondiente cambio de nombre y de sexo en el acta de nacimiento[30]. Sin embargo, la respectiva sentencia no tiene el poder de variar el sexo cromosómico o genético del individuo por lo que aunque formalmente haya variado la mención de su sexo a los fines de solventar exteriormente una realidad, no pareciera cumplirse sustancialmente el requisito de la diversidad de sexos para el caso de que el transexual pretenda contraer matrimonio[31]. No obstante, algunos sostienen la capacidad matrimonial del transexual[32]. Se indica que la doctrina excluye de contraer matrimonio al asexual, esto es, quien desde el punto de vista anatómico carece de sexo[33].

2.1.2 C*apacidad*

Tal noción supone un concepto más amplio del que tradicionalmente le concede la doctrina a la acepción capacidad de obrar como la posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia. Pues en definitiva algunos incapaces de obrar (salvo el entredicho judicial que carece de discernimiento) como los menores de cierta edad, los inhabilitados y el

---

[30] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 130*, 2007, pp. 53-100.

[31] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...,* p. 110, y en ese sentido el matrimonio estaría viciado de nulidad absoluta por no cumplirse el requisito de la diversidad de sexo.

[32] Véase: Toldrá Roca, Ma. Dolores: *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La Transexualidad (Estudio de la capacidad en el matrimonio civil. Problemática Jurídica de la persona transexualidad).* Barcelona, Cedecs Editorial, S.L., 2000, p. 177, indica que "resulta incompresible que la persona transexual esté incapacitada para asumir el elenco de derechos y deberes constitutivos del vínculo matrimonial". Y concluye que la nulidad del matrimonio sólo operaría por error en la cualidad de la persona cuando el otro contrayente ignorara o desconociera el proceso de cambio de sexo (*Ibíd*., p. 178); Espín Cánovas, Diego: *Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual.* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* Universidad Central de Venezuela, N° 126, julio 2006, señala que el Tribunal Supremo Español no autoriza al transexual a contraer matrimonio con persona del sexo contrario al nuevo que se le reconoce (*Ibíd*., p. 153). Sin embargo, la Dirección General de Registros y del Notariado permite la celebración del matrimonio del transexual porque lo contrario generaría una situación ambigua que dejaría las cosas a medio camino. (*Ibíd*., pp. 156 y 157). Señala que si se reconoce un cambio de sexo "legal", no es congruente negar al mismo tiempo el *ius connubii*, siempre que se den los requisitos del matrimonio como es el consentimiento no viciado por error u otros obstáculos. Sería lógico exigir el conocimiento por el otro contrayente del cambio operado por el transexual (*ibíd*., p. 164).

[33] López Herrera, *Ob. Cit*., p. 241.

entredicho legal tienen capacidad matrimonial porque sustancialmente poseen discernimiento.

De allí que en atención a las consideraciones de la doctrina y la ley se pueda distinguir dentro de la capacidad matrimonial lo relativo al *(discernimiento, sexualidad y pubertad)*.

El *discernimiento* en su acepción tradicional viene dado por la posibilidad de distinguir entre lo bueno y lo malo, por la comprensión básica de las consecuencias de ciertos hechos y actos jurídicos[34]. Constituye un elemento importante en la determinación de la capacidad de obrar, pero como el discernimiento surge en el ser humano progresivamente en razón de la madurez, se admite que el menor de cierta edad (a partir de 12 o 14 años) tiene discernimiento no obstante su incapacidad legal, pues la plena capacidad se adquiere con la mayoridad. En sentido semejante, el inhabilitado si bien es un incapaz relativo no sufre una afección intelectual que logre privarlo de su discernimiento, lo cual se proyecta en su ámbito de actuación jurídica respecto de actos personalísimos.

De lo que se concluye que la capacidad matrimonial –en forma semejante a la capacidad delictual– no depende de la capacidad legal sino del discernimiento. Por ende ciertos incapaces de obrar pueden contraer matrimonio, siempre que cuenten con una edad o condición mental que le permita medir la trascendencia y consecuencias del negocio jurídico personal a realizar. Así, el menor de edad puede contraer matrimonio a la edad prescrita en el artículo 46 del CC (14 años la mujer y 16 el varón). El inhabilitado podrá contraer matrimonio libremente por tratarse de un acto personalísimo[35], pues su incapacidad negocial relativa se limita al ámbito patrimonial, esto es, a la realización de actos de disposi-

[34] Véase: http://es.wikipedia.org/wiki/Discernimiento es el "juicio por cuyo medio" o "por medio del cual percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas". Implica tener "criterio".
[35] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 378; López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 261, "la incapacidad por falta de cordura no se refiere ni abarca al inhabilitado".

ción según se evidencia del artículo 409 CC[36], por lo que precisará para la celebración de capitulaciones matrimoniales o donaciones al otro cónyuge de la asistencia y aprobación prevista en el artículo 147 CC. Finalmente, el entredicho legal puede celebrar libremente matrimonio porque en razón de tener discernimiento puede realizar actos personalísimos, pues la sanción que le impone la ley (artículo 23 del Código Penal) se limita exclusivamente al ámbito negocial patrimonial por acto entre vivos. Por lo que se concluye que el único incapaz de obrar absoluto que tiene proscrito el matrimonio en razón de su ausencia *total* de discernimiento es el entredicho judicial y así lo reconoce expresamente el artículo 48 del CC[37].

La doctrina entre los requisitos de fondo alude adicionalmente a la "cordura" además del discernimiento[38], o refieren éste al menor de edad[39], pero si se entiende por aquélla "estar en pleno uso de sus facultades"[40], creemos que desde un punto de vista amplio está incluida en el citado concepto de "*discernimiento*", predicable respecto de menores y mayores de edad, como posibilidad o aptitud de distinguir, pues aunque se admita que quien tenga ésta puede sufrir una afección mental temporal, obviamente de presentarla lo que está sustancialmente afectado es su

[36] En consecuencia, no creemos que el inhabilitado precise de la "asistencia" del curador para celebrar un acto estrictamente personal como el matrimonio, pues lo contrario supondría subordinar la realización del acto a la asistencia del curador y lo cierto que ello no se deriva del sentido del artículo 409. El inhabilitado posee un nivel de discernimiento mínimo o suficiente para realizar actos personales, inclusive tiene la patria potestad (responsabilidad de crianza) de sus hijos, aun cuando no posea los atributos de administración y representación (277 CC). Ello venía confirmado por el artículo 90 del CC que no precisaba de la asistencia del curador en la derogada (por la Ley de Personas con Discapacidad) inhabilitación legal sino en el caso del sordomudo que no supiera leer ni escribir. Véase señalando que los inhabilitados precisan asistencia del curador: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 87, "...Finalmente, debemos aclarar que no alcanza la limitación contenida en el citado artículo 48, a los inhábiles (Véase arts. 409 y 410 CC) para quienes bastará estar asistidos por su curador...".

[37] Que prevé: "Tampoco puede contraer válidamente matrimonio el entredicho por causa de demencia ni el que no se halle en su sano juicio. Si la interdicción ha sido únicamente promovida, se suspenderá la celebración del matrimonio hasta que la autoridad judicial haya decidido definitivamente".

[38] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 260-262; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 85-87; Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 113 y 114; Bocaranda, *Ob. Cit.*, p. 271.

[39] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 239, distingue capacidad en razón de la edad e incluye en ésta discernimiento y pubertad; en razón de la cordura y en razón de la potencia sexual.

[40] Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 86.

discernimiento aunque fuera temporalmente. De hecho la falta de discernimiento justifica la incapacidad de obrar del menor de corta edad[41], y es lo que hace que el demente, así como quien padece discapacidad intelectual grave, pueda ser declarado entredicho judicial. De allí que consideramos que es suficiente con referirse a "discernimiento" como requisito de fondo de la capacidad matrimonial.

Dentro del aspecto de la capacidad se incluye la *sexual*, es decir, la potencialidad de mantener libremente relaciones sexuales, así como la generación o procreación. Ello se presenta como un fin primario y básico del matrimonio, de tal suerte que la satisfacción sexual tiene valor por sí misma como parte de las necesidades básicas del ser humano, así como forma de lograr la procreación entre la pareja. La importancia del sexo en el matrimonio la reconoce el legislador en el artículo 47 CC al consagrar que "no puede contraer válidamente matrimonio el que adolece de impotencia manifiesta y permanente". Esta impotencia puede ser tanto *coeundi*[42] como *generandi*, esto es, para realizar el acto del coito o cópula como respecto a la posibilidad de procrear, respectivamente. Parte de la doctrina considera que al CC exigir que la impotencia sea "manifiesta", se refiere a la *coendi* porque implica que sea "fácilmente comprobable" mediante un simple examen[43]. Sin embargo, ello no resulta acertado porque la impotencia para procrear puede ser manifiesta en el sentido de "evidente" según denotara un dictamen médico[44]. La expresión "manifiesta" como sinónimo de indiscutible o que no deje lugar a dudas[45], es perfectamente predicable de la impotencia *generandi*. A falta de distinción del legislador"[46] ambas modalidades de

[41] En el caso del menor de edad, el legislador exige una edad mínima para contraer matrimonio que hace suponer en condiciones normales el discernimiento, por lo que el requisito de la pubertad al que alude a la doctrina se relaciona con la con lo madurez física.
[42] Que podría ser instrumental si supone defecto en los genitales o funcional cuando se orienta a la imposibilidad de realizar el acto sexual.
[43] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 263; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 86; Bocaranda, *Ob. Cit.*, p. 247, la única impotencia que puede determinar la nulidad del matrimonio es la coeundi instrumental, pues por ser evidente se capta a simple vista.
[44] No puede limitarse a un examen físico porque la imposibilidad de generación no quedaría en evidencia, la misma precisa del dictamen de expertos.
[45] Véase: Diccionario de la Real Academia Española "descubierto, patente, claro".
[46] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 115, "Pensamos que tomando en consideración que uno de los fines fundamentales del matrimonio es la procreación, y que el legislador no hace distinción al respecto, debe interpretarse que tanto la impotencia *coeundi* como la *generandi* pueden admitirse como causa de ineptitud matrimonial".

impotencia afectan la capacidad matrimonial. Ello llevaría a concluir que respecto de la mujer puede plantearse la impotencia dirigida a la imposibilidad concebir o fecundar[47], pues la relativa al coito por la propia naturaleza femenina resulta improbable aunque posible[48]. Para que la impotencia sea susceptible de generar la nulidad debe ser además de manifiesta, previa al matrimonio y desconocida por el contrayente.

Finalmente, se incluye en la capacidad la *pubertad* para evidenciar que con ésta comienza la posibilidad de reproducción en seres humanos y en atención a los parámetros normales de un país, en que en principio la misma se inicia, es que el legislador estableció la citada edad mínima para contraer matrimonio en el artículo 46 CC (14 en la mujer y 16 en el varón), aun cuando en nuestro país generalmente comienza antes de tal edad. Si la procreación es sustancial para el matrimonio, mal podría contraerlo quien ni siquiera haya llegado a la pubertad y, por ende, no tiene aun posibilidad de reproducirse[49]. De allí que además de la madurez mental relacionada con el discernimiento, se precise de la madurez física sexual, a los fines de la capacidad matrimonial.

---

[47] Véase: Bocaranda, *Ob. Cit.*, p. 247, indica que en la mujer puede darse la impotencia *concipiendi* o incapacidad para fecundar o la *parturiendi* o incapacidad para parir.

[48] Véase: Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 147, indica que tanto la mujer como el hombre pueden sufrir lesiones que le imposibiliten el coito. Véase consideraciones sobre la impotencia femenina aunque fue declarada sin lugar la reconvención: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 8-8-96, Exp.9.269, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/725-8-9269-.html se solicitó a propósito de la nulidad planteada en la reconvención, que el Colegio de médicos emita informe sobre "a) La frigidez; b) Las formas de impotencia en la mujer; c) ¿Qué razones pueden llevar a una mujer a no querer mantener relaciones sexuales con su pareja?"; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 12-12-07, Exp N° 50.287, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2007/diciembre/721-12-50.287-.html se alude "vicio de su consentimiento, por estimarlo conturbado y maleado de error de hecho esencial..." "...debido a la impotencia manifiesta permanente anterior al matrimonio demostrada por su esposa, pretende demostrar el fundamento de su demanda con una experticia física siendo el objeto demostrar la virginidad de su esposa".

[49] Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 474 del 26-6-07, "Las normas antes transcritas determinan la importancia que tiene para el ser humano el poder contraer matrimonio para fundar una familia, siempre que éste tenga la edad núbil, es decir, apta para la reproducción humana, y se realice libremente, por voluntad propia".

2.1.3 *Consentimiento*[50]

Esto es, la manifestación libre, espontánea, no coactiva de tomarse por marido y mujer. Al efecto, dispone el artículo 49 del CC "Para que el consentimiento sea válido debe ser libre. En el caso de rapto no será válido el consentimiento si no se presta o ratifica después de devuelta la persona a su plena libertad. Se reputa que no hay consentimiento cuando existe error respecto de la identidad de la persona"[51]. Este aspecto se orienta en principio, *mutatis mutandi*, pero considerando las debidas diferencias de la materia patrimonial, por la teoría general de los vicios del consentimiento que se estudia en el Derecho Civil general, a saber, error, dolo y violencia[52]. Así, por ejemplo, respecto al dolo como maquinación intencional que podría impedir la celebración del acto, se admite la dificultad que ello generaría en una materia tan delicada, por lo que cualquier omisión o reticencia sustancial debe ser decidida cuidadosamente a la luz del caso concreto. En cuanto al error, la discusión fundamental vendría dada por precisar que supone el error en la "identidad" de la persona[53], pues la misma está conformada por una parte estática o inmutable u otra dinámica o cambiante[54]; por tanto, pareciera que se proyecta en la primera, pues pretender adentrarse en la identidad dinámica o historia biográfica de la persona, sería fuente de inagotables discusiones, toda vez que es imposible conocer sustancialmente la misma. La violencia, por su parte, es el vicio que mayormente está marcado por las nociones de Derecho Común, lo que excluye el simple temor reverencial[55] porque es lógico que de mediar coacción física o moral lo suficientemente grave como para borrar la voluntad, el acto esté viciado, no importa que dicha violencia sea ejercida respecto al contrayente o a un tercero.

---

[50] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 242-252; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 87-91.
[51] Juzgado Superior Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 7-8-06, N° 06-2570-C.P., http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/799-7-06-2570-C.P.-.html "...no se produjo error en la persona de alguno de los contrayentes porque ambos deseaban contraer matrimonio entre sí, y no se probó en esta instancia que el consentimiento de alguno de ellos no haya sido manifestado en forma libre".
[52] Véase artículos 1.146 y ss del CC.
[53] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 249, indica que el error al que se refiere el artículo 49 CC es que recae sobre la propia "identidad física" de alguno de los contrayentes.
[54] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, pp. 90-102.
[55] Véase artículo 1.153 CC.

2.1.4 *Ausencia de impedimientos. Véase infa Nº III.3*

2.2 *DE FORMA*

Entre los requisitos de forma del matrimonio, relacionados con la celebración del mismo, se ubican los esponsales y las solemnidades relacionadas propiamente con la celebración[56]. Como su denominación lo denota se trata de formalidades que impone la ley.

2.2.1 *Los esponsales o manifestación esponsalicia*

No nos referimos en este punto a la acepción de la palabra relacionada con la promesa recíproca de contraer matrimonio a la que se refieren los artículos 41 al 43 del CC, que si bien no supone obligación de contraerlo puede generar responsabilidad civil[57]. Los esponsales o manifestación esponsalicia, tienen que ver con la manifestación de voluntad de contraer matrimonio ante el funcionario competente[58]. Tal instrumento donde medie la manifestación de los futuros cónyuges debe constar del nombre, domicilio y otros aspectos del estado civil que dispone el artículo 66 del CC[59]. Según el artículo 67 *eiusdem*, puede realizarse personalmente o mediante apoderado especialmente constituido, que bien podría ser el otro contrayente.

La respectiva declaración y datos deben constar en un expediente que contendrá los recaudos indicados en el artículo 69 CC (acta de esponsales, lo relativo a fijación de carteles, copia certificada de las partidas de nacimiento de los contrayentes[60], documentos que acrediten dispensa de impedimentos, copia certificada de la respectiva acta de defunción, sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio si fuere el caso, inventario judicial y designación de curador *ad hoc* en caso de hijos menores[61], decisión firme sobre oposición al matrimonio de ser el caso,

[56] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 295-320.
[57] Véase sobre éste: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 221-235; Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 98-101; Bocaranda, *Ob. Cit.*, pp. 217-225.
[58] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 221; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 101, la expresión tiene en el lenguaje jurídico diversas acepciones; una es la de compromiso matrimonial y la otra la de manifestación esponsalicia o requisito formal previo a la celebración del matrimonio.
[59] Profesión, estado civil en sentido restringidísimo (soltero, divorciado...), nombre civil de los progenitores de los contrayentes, etc.
[60] Que puede ser suplicada de conformidad con el artículo 459 CC sin precisar sentencia supletoria por juicio de inserción de partidas.
[61] Véase artículo 110, 111 y 112 CC.

los documentos requeridos por el artículo 108 CC en caso de extranjeros). Los carteles han de ser publicados por ocho (8) días continuos antes de la celebración del matrimonio en los términos previstos en el artículo 68 del CC; ello a los fines de la posibilidad de *oposición*. Tales actuaciones son enteramente gratuitas de conformidad con el artículo 71 del CC. Finalmente, cabe resaltar que, a tenor del artículo 70 del CC, en los casos de unión concubinaria preexistente los contrayentes pueden prescindir de las formalidades indicadas, en cuyo caso de existir menores deberán realizar el referido trámite de inventario y curador (artículo 110 CC) dentro de los tres (3) meses siguientes a la celebración del matrimonio. Obviamente tampoco aplica el requisito indicado en el caso de matrimonio en artículo de muerte (artículo 96 CC).

Según acabamos de indicar, el sentido o finalidad de los carteles es darle publicidad al futuro matrimonio, a los efectos de la posibilidad de oposición a su celebración. Ello está regulado en los artículos 72 al 80 del CC[62]. Entre los legitimados para la oposición se aprecian a los progenitores, abuelos, hermanas, tíos, tutor o curador (art. 72), al cónyuge de quien quiera contraer otro matrimonio (art. 74 CC), al ex cónyuge, así como descendiente, ascendientes o hermanos de éste en caso de impedimento *turbatio sanguinis* (art. 75), y el Síndico Procurador Municipal (art. 76). Deberá tener lugar enunciando la calidad con que se actúa y mediante escrito fundamentado ante el funcionario competente (art. 77). Se suspenderá la celebración del matrimonio y se remitirá al Juez de Primera Instancia, a fin de que decida lo conducente (art. 78). El propio funcionario de tener noticia fundada del impedimento, averiguará lo conducente y remitirá al Juez (art. 79). Dispone el artículo 80 del CC que salvo los ascendientes[63] y el Síndico Procurador Municipal pondrán ser condenados por daños y perjuicios incluyendo denunciantes y testigos (art. 80), pero ello ciertamente precisa una acción autónoma.

[62] Véase sobre tal procedimiento: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 357-368; D'Jesús, *Ob. Cit.*, pp. 40-42; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 116-118.
[63] No se explica sentido objetivo de su exclusión.

2.2.2 *Solemnidades*

Las mismas se refieren propiamente al acto de celebración del matrimonio, el cual es personalísimo aunque puede realizarse mediante apoderado especial[64], público (artículo 94 CC) y gratuito (art. 95 CC)[65]. Las formalidades relativas al acto del matrimonio están desarrollas en los artículos 81 y ss. del CC. El matrimonio debe realizarse vencidos los ocho (8) días previstos para fijación de los carteles, los cuales tienen una vigencia de seis (6)[66], ante cualquiera de los funcionarios competentes[67] autorizados por la ley[68], los cuales pueden negarse a su celebración si consideran insuficiente los recaudos o incumplidas las formalidades, y ello puede ser decidido por el Juez de Primera Instancia[69]. El matrimonio se celebrará públicamente, el día fijado, si tiene lugar en el Despacho del funcionario ante dos (2) testigos que pueden ser parientes de los contrayentes[70]; si tiene lugar fuera de éste, precisa de al menos cuatro (4) testigos, dos de los cuales no pueden ser parientes (dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los contrayentes)[71]. Reunidos el funcionario, Secretario, contrayentes y testigos, el Secretario dará lectura a los deberes y derechos de los cónyuges[72], los contrayentes declararán tomarse por

---

[64] No obstante el por poder especial debe estar debidamente "registrado". Si es revocado con anterioridad al matrimonio o el poderdante se casaré válidamente, el matrimonio será nulo Véase artículo 85 CC.

[65] Véase artículo 87 CC, relativo al matrimonio contraído fuera de la oficina del funcionario, se indica que "los interesados proporcionarán vehículos; y nada podrán cobrar ni recibir los funcionarios por la traslación". No obstante, como ello suele acontecer fuera de horario laborable, se estila que en lugar de proporcionar "vehículos" se suministra insumos para que el funcionario se traslade por sus medios, pues resulta difícil pretender imponer condiciones de tiempo al funcionario especialmente en días no laborables. Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 32, ..."con la excepción de celebración del matrimonio en un lugar distinto de la sede natural del Estado, en los casos en que los contrayentes lo soliciten, entonces sufragan los gastos de traslado. Este asunto es reglamentado en algunos casos, por ordenanzas municipales".

[66] Véase artículo 81 CC.

[67] Véase: Torres-Rivero, Arturo: *La competencia del funcionario que celebra la celebración del matrimonio:* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 81,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 123-133.

[68] Véase artículo 82 CC (sin perjuicio de leyes especiales). Sobre los militares, véase art. 83 CC.

[69] Véase artículo 84 CC, la decisión es apelable libremente.

[70] Véase artículo 86 CC.

[71] Véase artículo 87 CC.

[72] A saber, los artículos 137 a 140 CC.

esposos y el funcionario los declarará unidos en matrimonio (art. 88 CC). Se levantará la respectiva acta de matrimonio con las menciones que precisa el artículo 89 del CC, la cual será suscrita por las citadas personas que intervienen en la misma. Dicha acta debe ser incorporada al Registro del Estado Civil[73]. El acta de matrimonio es la prueba por excelencia de dicho acto jurídico o, en su defecto, la correspondiente sentencia supletoria[74].

La situación excepcional del matrimonio en artículo de muerte[75], según indicamos prescinde por las circunstancias como es natural de los requisitos indicados (carteles y los previstos en el 69 CC), pero ha de cumplir con los requerimientos previstos en los artículos 96 al 102 del CC. Entre éstos cabe referir entre otros además de la certificación médica correspondiente o, en su defecto, de dos testigos (art. 102 CC), la presencia del funcionario y su Secretario o quien lo supla para el caso, en el lugar donde se hallen las partes, dos testigos que pueden ser parientes, acta con menciones del artículo 89 CC que pudiera extenderse en papel común e inmediatamente se copiará y certificará. Además se indicará en el acta circunstancias del acto (lugar, fecha, hora), mención de haberse comprobado la circunstancia especial y apreciación de testigos de parecer hallarse el o los contrayentes en estado de lucidez. Si el contrayente no pudiere firmar otra persona que de ser posible no sea testigo, firmará a ruego. El funcionario dejará copia del acta a los contrayentes (artículo 96). Los funcionarios deben concurrir sin demora (art. 97 CC). Se prevé que ante la imposibilidad de que el matrimonio en artículo de muerte sea efectuado por los funcionarios autorizados, pueda tener lugar en presencia de tres (3) personas que no sean parientes y una de ellas tomará la declaración de tomarse por marido y mujer, dejará una copia a los contrayentes y entregará el original a la primera autoridad civil, a los fines de su certificación e inserción (art. 98 CC) quien previamente interrogará a las personas que figuren en el acta a fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos de ley; si considera la posibilidad de irregularidades igualmente insertará el acta pero remitirá al Síndico Procurador Municipal a los fines pertinentes (art. 99 CC). Se prevé también respecto de los militares en campaña (art. 101 CC).

[73] Véase artículos 91 y 92 CC. Véase también en cuanto a la función del CNE en materia del registro del Estado Civil: TSJ/SConst., sent. N° 2.651 del 2-10-03.
[74] Véase artículos 113, 114, 115 y 458 del CC. Véase *infra* N° X.4.2.
[75] Véase sobre éste: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 320-328.

En cuanto a la celebración del matrimonio de venezolanos en el extranjero o en Venezuela por parte de extranjeros[76], vale observar que, respecto del primero se cumplirán las formalidades prescritas por la respectiva legislación, pues en tal caso la ley del lugar rige la forma del acto[77], pero han de respetarse los requisitos de fondo de la legislación venezolana (impedimentos dirimentes, etc.)[78]. Dicho matrimonio ha de ser inscrito en el Registro del Estado Civil (arts. 103 y 109 CC)[79]. El artículo 21 de la Ley de Derecho Internacional Privado indica que "La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el Derecho de su respectivo domicilio". Dicha ley especial señala –a los efectos de la misma– en su artículo 11 que el domicilio se ubica donde se tenga la "residencia habitual", por lo que la noción no se corresponde con la del artículo 27 del CC[80]. Aun cuando aclara la doctrina que igualmente cuando no se tenga la residencia en el país, se deberán cumplir con los requisitos de fondo para contraer matrimonio consagrados en la legislación venezolana, en función de principios de orden público internacional[81]. Sin embargo, en opinión de López Herrera, "sin lugar a dudas, la LDIP ha creado en la materia antes

[76] Véase: López Herrera, *Ob. Cit.*, pp. 335-341.
[77] Es decir, aplica la regla *locus regit actum*. Véase sobre ésta: López Herrera, Francisco: *¿Puede surtir efectos en Venezuela el llamado matrimonio de Common Law del derecho norteamericano*. En: *Estudios sobre Derecho de Familia*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 35-40. Véase artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP): "Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1. El del lugar de celebración del acto; 2. El que rige el contenido del acto; o 3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes".
[78] Véase: López Herrera, *¿Puede surtir...,* pp. 42 y 48, concluye que las formalidades o solemnidades del matrimonio (no así los requisitos de fondo) no son de orden público internacional en el Derecho Venezolano; López Herrera, *Derecho...,* p. 337, sólo puede contraer válidamente matrimonio en el extranjero si de acuerdo con la ley venezolana es capaz para ello y no existe impedimento según el CC. El contrayente deberá cumplir en ese sentido con la ley nacional y con la del lugar de celebración; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 153.
[79] Véase: CSJ/Cas, Sala Accidental, Sent. 23-4-96, J.R.G., T. 138, pp. 397-400, el matrimonio contraído por venezolanos en el extranjero es perfectamente válido en Venezuela, aunque no se haya inscrito en el Registro Civil; López Herrera, *Derecho...*, pp. 340 y 341.
[80] Esto es "en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses".
[81] Véase: López Herrera, *Derecho...*, pp. 338 y 339.

aludida –como también en otras varias– una situación que no puede calificarse menos que de confusa y contradictoria”[82].

3. IMPEDIMENTOS[83]

Los impedimentos se traducen en prohibiciones que impone la ley para la celebración del matrimonio por razones biológicas, morales o jurídicas[84]. Son obstáculos jurídicos a los fines de impedir el ejercicio de la capacidad matrimonial[85]. Suponen entonces esta última. Se clasifican en impedimentos *impedientes* e impedimentos *dirimentes,* aunque ambos pretenden evitar el matrimonio, la transgresión de los primeros no invalida el mismo en tanto que la de los segundos vicia de nulidad el vínculo.

3.1 *IMPEDIENTES*

Los impedimentos *impedientes* (que no afectan la validez del matrimonio no obstante ser prohibiciones) se dividen en dispensables y no dispensables. Los *dispensables* –como su denominación lo indica– se pueden dispensar o exonerar, por el Juez[86] entre los que se aprecia: *consanguinidad,* relativo a la prohibición de matrimonio entre tíos y sobrinos (artículos 53, 65 y 131, ord. 1° CC); *Afinidad*[87], que por razones morales prohíbe matrimonio entre cuñados cuando ha mediado divorcio, es decir, no aplica en caso de viudez (arts. 53, 65 y 131, ord 1° CC) y la *tutela* que prohíbe matrimonio entre “tutor” y pupilo mientras no culmine el régimen y se hayan aprobado cuentas (arts. 58 CC y 131 ord. 2 CC)[88]. Se agrega *turbatio sanguinis* que prohíbe matrimonio de mujer si no ha transcurrido trescientos (300) días –período máximo de

[82] *Ibíd.,* p. 339.
[83] Véase: Villegas Pulido, José Antonio: *Los impedimentos dirimentes y los impedimentos impedientes en el Derecho Civil italiano y en el Derecho Civil venezolano*. Caracas, edit. Sur América, 1932.
[84] Véase: Baqueiro y Buenrostro, *Ob. Cit.*, p. 60.
[85] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 93; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 115.
[86] Véase artículo 65 CC. Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 278-285.
[87] Recordemos que la afinidad no se extingue a la par del vínculo matrimonial de conformidad con el artículo 40 CC. (Véase *supra* N° I.3).
[88] Véase: López Herrera, *Derecho...,* p. 285, es dispensable por el Juez como indica el artículo 58 CC; Grisanti, *Ob. Cit*., p. 124, “es dispensable, puesto que la ley prevé la posibilidad de que, el Juez ante quien se constituyó la tutela o del domicilio del tutor, autorice el matrimonio”.

gestación– de la sentencia de disolución o anulación del matrimonio (art. 57). Esto a los fines de evitar conflictos de paternidad. Según la norma citada no aplica si ha tenido lugar el parto o se acredita prueba médica de no gestación[89], de allí que siendo a López Herrera lo ubiquemos como "dispensable"[90].

Los impedimentos impedientes *no dispensables*[91] que no pueden relevarse, viene dado por el de la *autorización* que precisan los menores de edad que tienen la edad mínima para contraer matrimonio de quienes prevé la ley (artículos 59-64 y 131 ord. 3 CC). Finalmente, se ubica el impedimento impediente de *inventario* que se precisa realizar en caso de hijos menores (artículos 110-112 CC). Esto a los fines de dejar claro cuáles son los bienes del menor antes de que uno de sus progenitores contraiga nuevas nupcias y pueda ver afectada la administración de aquéllos.

3.2 *DIRIMENTES*

Los impedimentos *dirimentes* impiden la formación del vínculo y se dividen en *absolutos* y *relativos*, según afecten la posibilidad de contraer matrimonio con cualquier persona o con alguien en particular, respectivamente. Es decir, el absoluto supone que la persona a quien está referido no puede contraer matrimonio con nadie y el relativo alude a la imposibilidad de matrimonio de dos personas determinadas[92].

Entre los impedimentos absolutos[93] se ubica: el *vínculo anterior,* pues la persona ligada en matrimonio no extinguido no puede contraer nuevo

[89] Tribunal Supremo de Justicia/SCC, Sent. N° 00474 del 26-6-07, "La referida norma establece la plena libertad a los divorciados de contraer matrimonio nuevamente, con la excepción respecto a la espera de diez (10) meses que debe mantener la mujer por la posibilidad de embarazo para evitar la *turbatio sanguinis,* plazo que puede obviar si demuestra lo contrario mediante prueba médica".
[90] Véase: López Herrera, *Derecho...,* p. 278, lo ubica dentro de los "dispensables", pues indica el autor que la Reforma del CC de 1982 transformó en dispensable el impedimento de turbatio al modificar el artículo 57 del CC y obviar el mismo con la presentación de la prueba médica. Contrariamente otros autores lo colocan dentro de los "no dispensables" (Véase: Grisanti *Ob. Cit.*, pp. 124 y 125; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 97, Bocaranda, *Guía...,* p. 266;).
[91] Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 285-294.
[92] Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 107.
[93] Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 267-271.

vínculo (art. 50 CC) amén de configurar el delito de bigamia[94]; *orden*, pues no puede celebrar matrimonio el ministro de cualquier culto o religión que se lo prohíba (art. 50 CC)[95]; *de rapto*, pues según el citado artículo 56 del CC no puede contraer matrimonio hasta tanto cumpla la condena, salvo que sea con la mujer agraviada.

Los impedimentos dirimentes relativos son: *consanguinidad,* pues no pueden contraer matrimonio los consanguíneos en línea recta, sea ascendente o descendente como padres o abuelos (art. 51 CC) ni los hermanos que son parientes colaterales aunque sean de simple conjunción (art. 52 CC*); afinidad*, en razón que los afines en línea recta (suegros, yernos) no pueden contraer matrimonio aun cuando se haya disuelto el vínculo (art. 51 CC); *crimen*, pues no se permiten matrimonio entre el reo o cómplice de homicidio ejecutado, frustrado o intentado contra uno de los cónyuges y el otro cónyuge (art. 55 y 107 CC). Anteriormente se incluía en los impedimentos la "*adopción*" (art. 54 CC), pero al desaparecer la adopción simple y subsistir sólo la plena equiparable al parentesco, se considera –según refiere el Máximo Tribunal– que ya no tiene sentido la distinción, pues la situación se incluye en el impedimento de "consanguinidad"[96].

4. NULIDAD

4.1 *CAUSAS*

La nulidad –siguiendo el sentido general de tal institución– pretende borrar o eliminar del mundo jurídico el matrimonio celebrado en razón

[94] Véase art. 400 Código Penal. Véase: Ramírez Pizarro, Claudia: *Implicaciones civiles de la bigamia*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1990.

[95] Afecta fundamentalmente a los ministros del culto "católico".

[96] Véase: TSJ/SConst, Sent. N° 1376 del 28-06-05," un hijo adoptado está sometido al llamado impedimento dirimente de consanguinidad para contraer matrimonio, el cual consiste en la prohibición –o sanción de nulidad absoluta– del matrimonio entre ascendentes y descendientes o entre hermanos. El llamado impedimento de adopción –aquel que prohíbe el matrimonio entre adoptante y adoptado y sus descendientes o entre adoptante y cónyuge del adoptado y entre adoptado y cónyuge del adoptante– ya no existe en nuestro Derecho, pues sólo existía para las llamadas adopciones simples. Dado que la adopción actualmente es irrevocable, por ser plena y eliminar con ello el vínculo del adoptado con su familia de origen y crear uno nuevo con la familia adoptante– es obvio que cualquier impedimento matrimonial tendrá que ver con la consanguinidad y no con la adopción, así no exista real vínculo de sangre". Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 274 y 275, señala que el impedimento de adopción subsiste respecto de las personas con la adopción antigua.

de la transgresión de alguna formalidad de fondo o de forma. Dada su gravedad y efectos, debe proceder como una sanción civil excepcional en el caso de incumplimiento de requisitos esenciales. Vale prescindir de momento de la teoría de la nulidad[97] porque en materia matrimonial no rigen necesariamente los efectos de la clásica distinción entre nulidad y anulabilidad, aplicable al ámbito negocial general[98]. En todo caso se precisa de declaración judicial, pues no existe nulidad "de derecho"[99] sino que se deriva de la respectiva sentencia, aun en el caso de la nulidad absoluta.

Siguiendo el sentido tradicional de la distinción de nulidad, la misma puede ser absoluta o relativa. La primera supone el trastoque del orden público y por ende no es convalidable, no está sometida a término de caducidad o prescripción y puede hacerla valer cualquier interesado[100]. Entre los supuestos de **nulidad absoluta** ubica la doctrina: 1.- *Violación de los supuestos matrimoniales* (identidad de sexos, ausencia de consentimiento y ausencia del funcionario autorizado); 2.- *Violación de impedimentos dirimentes* (vínculo anterior[101], orden, rapto, consangui-

---

[97] Véase sobre ésta: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 124 y 125.

[98] Por ejemplo en materia matrimonial podrá existir nulidad relativa no sometida a caducidad (impotencia sexual manifiesta) o que puede ser ejercida por distintos legitimados y no sólo por el interesado directo o contrayente. Véase: D'Jesus, *Ob. Cit.*, p. 45, no se deben aplicar en toda su extensión los argumentos que distinguen la nulidad de la anulabilidad en materia contractual.

[99] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 162.

[100] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.* pp. 46 y 47.

[101] Véase declarando con lugar nulidad por esta causa: Juzgado Superior Primero Civil, Mercantil y de Menores del Estado Lara, Sent. 16-7-04, Exp. KP02-F-2003-000419, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/649-11-KP02-F-2003-419-.html; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores del Estado Lara, Sent. 7-6-04, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/650-7-KP02-Z-2003-002065-.html; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara, Sent. 16-6-04, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/652-16-KP02-F-2003-419-.html; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 27-9-04, Exp. Nº 24.166, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/101-27-24.166-.html; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 18-2-08, Exp. N° 50.624, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/722-18-50.624-59-180208.html; Superior Civil, Mercantil, de Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 9-11-06 http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1588-9-2212-06-.html; Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Amazonas, Sent. 22-9-06, Nº 05-6204, www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2006/septiembre/337-22-05-6204-.html

nidad, afinidad, crimen). 3.- *Violación de formalidades en matrimonio mortis causa* (número insuficiente de testigos y testigos inhábiles). La nulidad absoluta en principio podría ser alegada por todo interesado[102] y no está sometida a plazo de caducidad[103].

La **nulidad relativa,** por su parte, es en principio convalidable y está sujeta en algunos casos a término de caducidad (siendo el caso de la impotencia sexual una excepción)[104]. Se indica que "si bien en principio, la acción de nulidad relativa al matrimonio está sujeta a plazo de caducidad (no de prescripción), existe un caso en el cual ella no prescribe ni caduca"[105]. La doctrina distingue que algunos supuestos son alegables por todo interesado[106]: 1.- *Matrimonio de incapaces por razón de la edad*, es decir, por no tener la edad mínima para contraerlo (art. 117 CC) salvo en los casos del artículo 120 CC (que se alcanzó la edad mínima o la mujer está embarazada) 2.- *Incompetencia territorial* del funcionario, porque si bien está investido de autoridad no es el competente en razón del territorio (art. 117) y 3.- *Defecto de testigos, es decir, la no participación de los testigos precisados por la ley, lo que es aplicable al matrimonio simple y en artículo de muerte* (117 CC). En estos dos últimos casos (funcionarios y testigos) el artículo 117 CC prevé la caducidad de la acción transcurrido un año.

De seguidas se diferencia la nulidad relativa alegable sólo por determinadas personas: 1.- *Vicios del consentimiento* (118 CC) que corresponde exclusivamente al cónyuge pero caduca o se convalida al mes en caso de cohabitación; 2.- *Falta de discernimiento* (121 CC) acción que corresponde al contrayente rehabilitado, al tutor, al otro cónyuge y al Síndico Procurador Municipal, igualmente caduca o se convalida por

---

[102] Véase artículo 122 CC, en relación a la violación del artículo 50 incluye al cónyuge inocente de ambos matrimonios, los ascendientes de éstos, como los del cónyuge culpable, de los que tengan interés actual en ella y el Síndico Procurador Municipal. Sobre este último funcionario dispone el art. 124 *eiusdem* que no podrá promover la acción después de la muerte de uno de los cónyuges.

[103] Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 164.

[104] Contrariamente D'Jesús (*Ob. Cit.*, p. 46), considera que si la mujer "no intenta la acción de nulidad e inicia la convivencia con su marido impotente, el matrimonio se convalida".

[105] López Herrera, Derecho..., p. 403.

[106] Véase art. 117 CC: Cónyuge, ascendientes, Síndico y todo el que tenga interés actual en caso de artículos 46 (edad), 51 (ascendientes o descendientes ni afines en línea recta), 52 (hermanos), 55 (crimen) y 56 (rapto).

un mes de cohabitación después de revocada la interdicción; 3.- *Impotencia sexual*[107] (art. 119 CC) que corresponde exclusivamente al cónyuge no impotente, que no obstante ubicarse en la nulidad relativa no es convalidable ni está sujeta a término ni caducidad. Naranjo Ochoa señala que tal nulidad por impotencia *coeundi* afecta igualmente al marido con un hijo por inseminación homóloga[108].

En cuanto al procedimiento relativo a la nulidad del matrimonio, se tramita por el juicio ordinario[109], con intervención del Ministerio Público[110] de conformidad con el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil y 130 del CC; la sentencia de ser declarada con lugar tiene consulta con el Superior[111] a tenor del artículo 753 *eiusdem*. De tener lugar un juicio de nulidad de matrimonio donde medien menores de edad serán competentes los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, mediante el procedimiento contencioso, a tenor del artículo 177, parr. primero, letras j y k, 450 y ss de la LOPNNA. Al efecto, debe tenerse en cuenta los artículos 125[112], 507, ord. 1° y 475

---

[107] Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 25-10-07, Exp. F-06-4137, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2119-25-06.4137-.html se declara con lugar la demanda por nulidad de matrimonio en razón de impotencia "...nos encontramos ante lo que la doctrina ha llamado *impotentia coeundi* (incapacidad para el coito), que posee importancia jurídica por constituir causa modificativa de la capacidad como impedimento para contraer matrimonio, o causa de nulidad del contraído por ocultamiento o ignorancia de tal incapacidad, quedando plenamente demostrado en autos tal condición".

[108] Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.*, p. 315.

[109] Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 411-420.

[110] Véase arts. 130 y 31, ord. 1º del CPC; Torres-Rivero, Arturo: *La notificación del Ministerio Público en el proceso de nulidad o anulación del celebración del matrimonio:* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 79,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 259-263.

[111] Véase: TSJ/Cas, Sent. 18-12-00, J.R.G., T. 171, pp. 651-653, en los juicios de nulidad de matrimonio el Juez de Alzada recibe el conocimiento total de asunto sin limitaciones referidas a la parte del fallo impugnado, así lo establece la ley al consagrar la consulta obligatoria con el Superior; TSJ/SCS Sent. N° 546 del 18-12-00, "se evidencia que, como lo señala el formalizante, ésta no contiene pronunciamiento sobre la solicitud de reposición planteada por la demandada, pero no obstante ello, observa esta Sala que el fundamento de tal pedimento por parte de la accionada consiste en que no se acordó la consulta de ley. Casar el fallo impugnado por el vicio de incongruencia negativa delatado, en el asunto que nos ocupa, conllevaría a una reposición inútil, por cuanto el fin perseguido por la ley con la exigencia de que en los juicios de nulidad de matrimonio, cuya demanda sea declarada con lugar deberán ser consultados con el Tribunal Superior, se cumplió en este caso, por cuanto la parte demandada apeló de dicho fallo y el Juzgado Superior revisó, en virtud del recurso ordinario interpuesto, la decisión definitiva recaída en el presente juicio".

[112] Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 414 y 415.

del CC[113]. La determinación del Juez competente viene dada por el domicilio conyugal según el concepto del artículo 754 CPC[114], inclusive ante la jurisdicción del niño y del adolescente, según confirma el art. 453 de la LOPNNA[115].

4.2 *EFECTOS*

Para considerar los efectos de la nulidad del matrimonio, se señala que ha distinguirse si el matrimonio es *putativo*, esto es, que no obstante su nulidad, tendría ciertos efectos jurídicos, en razón de haberse contraído de buena fe. La buena fe supone el desconocimiento de la causa o circunstancia que propició la nulidad al tiempo de celebración del vínculo; es personal o individual de cada cónyuge, por lo que un matrimonio declarado nulo podría ser putativo respecto de uno sólo de los cónyuges.

Para algunos la buena fe supone un error que bien podría ser de hecho o de derecho[116], si se desconoce la *realidad fáctica* o se desconoce la *norma legal* que precisa la nulidad, respectivamente[117]. Sin embargo, la admisión del error de derecho[118] se topa en nuestro ordenamiento

---

[113] Se debe insertar en el Registro del Estado Civil la correspondiente sentencia de nulidad del matrimonio y colocarse la respectiva nota marginal en el acta de matrimonio. Véase también art. 126 CC.

[114] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La sede jurídica.* En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 486-490; Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.*, p. 195. Por disposición expresa, el domicilio conyugal determina la competencia territorial en caso de divorcio y separación de cuerpos (CPC, arts. 754 y 762), pero por analogía debe llegarse a la misma conclusión respecto de los juicios de nulidad de matrimonio y decisiones varias que interesan a la vida conyugal.

[115] "El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes competente para los casos previstos en el artículo 177 de esta Ley es el de la residencia habitual del niño, niña o adolescente para el momento de la presentación de la demanda o solicitud, excepto en los juicios de divorcio o de nulidad del matrimonio, en los cuales se aplicará la competencia por territorio establecida en la ley" (Destacado nuestro).

[116] Véase: Planiol y Ripert, *Ob. Cit.*, p. 244, "Es indiferente que el error que vició el consentimiento sea de derecho o de hecho..., con tal que se haya contraído el matrimonio en la creencia de que era válido"; López Herrera, *Derecho...,* p. 423.

[117] Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 180.

[118] Véase: Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.*, pp. 189 y 190, indican que establece la ley argentina que no habrá buena fe por ignorancia de error de derecho ni por error de hecho inexcusable. Comentan que la inexcusabilidad del error de derecho constituye un estándar jurídico que no sólo atañe a la obligatoriedad de la ley, sino que al consagrarse que la ignorancia de la ley no impide los efectos legales de los actos, resguarda un principio de seguridad jurídica.

con una norma expresa de carácter general (2 del CC[119]) según la cual "*la ignorancia de ley no excusa de su incumplimiento*"; si bien en materia general contractual el artículo 1147 CC prevé la nulidad del contrato por error de derecho cuando éste ha sido la causa única y fundamental, se precisa según el artículo 1146 CC, que el error sea *excusable*, lo cual se relaciona con el deber de autoinformación que incumbe a los contratantes sobre las circunstancias, relativas a los sujetos y objeto del contrato para evitar una eventual acción de nulidad[120]. No vemos óbice para aplicar tales ideas al ámbito que nos ocupa a falta de una norma expresa que disponga una solución distinta. Para López Herrera "en materia de matrimonio putativo se hace excepción al principio general de que la ignorancia de ley no excusa su incumplimiento (art. 2 CC)"[121], pero no se explica el fundamento de tal excepción, posición que no contrasta con la conclusión del autor de no aceptar respecto al matrimonio la presunción de buena por no existir regla expresa[122], a la que no referiremos inmediatamente.

En cuanto a la prueba de la buena fe conyugal, algunos consideran que ésta no se presume por lo que no es trasladable el principio en materia de posesión (art. 789 CC) y que de discutirse la nulidad quien alegue la buena fe debe probarla según artículo 12 del CPC[123]. En este sentido, indica López Herrera que "no es correcto considerar que dicha buena fe debe presumirse, pues no existe en nuestro sistema legal tal presunción legal en materia de nulidad de matrimonio, como tampoco con una regla general", pues la presunción de buena fe en materia de posesión no tiene que ver con la buena fe conyugal y ello contradice el art. 12 CC relativa a que quien alegue un hecho debe probarlo[124]. De allí concluye el autor que sin embargo, la prueba de la buena fe supondría la demostración de un hecho negativo indefinido lo cual es imposible, y los principios de Derecho Probatorio señalan que la parte que alega un hecho

[119] Ubicado en el título preliminar como "De las leyes y sus efectos y de las reglas generales para su aplicación".
[120] Mélich Orsini, José: *Doctrina General del Contrato*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, p. 186.
[121] López Herrera, *Derecho...,* p. 423.
[122] Véase sobre ésta: *Ibíd*., pp. 427 y 428.
[123] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 135.
[124] López Herrera, *Derecho...,* p. 427.

de esa naturaleza no tiene que probarlo[125]. Sin embargo, un considerable sector de la doctrina[126] y la jurisprudencia[127] se orientan por la idea que la buena fe se presume. Parra Benítez se refiere a los principios del Derecho de Familia y entre éstos ubica la buena fe[128]. La buena fe constituye un elemento orientador en materia contractual[129], a tenor del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil según ha referido la Sala Constitucional del Máximo Tribunal[130], trasladable al ámbito negocial general, que para algunos deriva en la presunción de buena fe[131], apli-

[125] *Ibíd.,* p. 428.
[126] Véase: Bocaranda, *Ob. Cit.*, p. 375, "el cónyuge que alega la buena fe no está obligado a demostrarla; la carga probatoria en contrario corresponde a quien demande la nulidad del matrimonio. En criterio de la Corte Suprema, la buena fe, en esta materia ha de presumirse"; D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 50, "la buena fe se presume siempre, y en base a esta regla ella no necesita ser probada en juicio; Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 140, considera que el principio no se limita a materia de posesión; Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 182 y 183, cita a: CJS/SCMT, Sent. 31-10-68, J.R.G., T. XIX, p. 422 y DFICI, sent 14-7-48. También refiere la autora que el CC de 1862, 1873, 1880, 1896 y 1904 consagraron expresamente la presunción de buena fe conyugal.
[127] Véase: Juzgado Superior Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 7-8-06, N° 06-2570-C.P., http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/799-7-06-2570-C.P.-.html "A juicio de quien aquí decide, en la oportunidad procesal correspondiente la parte demandante, debió haber probado la existencia del fraude que la hizo incurrir en el supuesto error al momento de contraer el vínculo matrimonial, es decir, debió demostrar que efectivamente fue víctima de un engaño por parte del demandado, esto de conformidad con lo establecido en el artículo 789 del Código Civil, que dispone: "La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla", pero no consta en autos que la ciudadana ... haya promovido prueba alguna a tal respecto, por lo que se tiene como no probado dicho argumento y así se declara...".
[128] Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.*, pp. 198 y 199.
[129] Véase: Artículos 1160 CC. Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...,* pp. 191 y 133, el destinatario de la declaración debe comportarse conforme a las pautas de la buena fe.
[130] TSJ/SCConst, Sent N° 983 del 17-6-08, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/983-170608-08-0429.htm Señala la Sala en torno a la interpretación del artículo 170 del CC que no puede exigirse al tercero a los fines de la buena, la exigencia de indagar el estado civil del contratante. E indica que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone en su parte final. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe". (Destacado original).
[131] Véase: Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.*, p. 188, "la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia aplican el principio de que la buena fe se presume, lo constituye un verdadero estándar jurídico"; Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 140, la presunción de buena fe no se limita al ámbito jurídico concerniente a la posesión sino que es norma de vida para muchas personas, sobre todo en lo concerniente a negocios jurídicos. De manera que es justificable creer que las personas contraigan matrimonio presumiendo la buena fe.

cable inclusive a nivel procesal[132]. En todo caso, lo importante es que bien sea por presumir la buena fe o porque se considere que su prueba es imposible, el efecto es el mismo. *La buena fe no se prueba*, por ende quien alegue será la mala fe, deberá probarla.

López Herrera señala que a la situación que determina el error como fuente de buena fe, debe asimilarse la violencia sufrida por alguno de los contrayentes, pues por razones de simple lógica ha de concluirse que la víctima de ella también se beneficia del efecto putativo de su matrimonio anulado por tal causa, pues se supone que no pudo impedir su celebración[133]. La exigencia de la excusabilidad del error en lo atinente a los vicios del consentimiento a nivel contractual sólo justifica la anulación cuando quien haya incurrido en ellos hubiese obrado sin dolo, ni culpa, obrando de la mejor buena fe[134].

Ahora bien, en cuanto a los efectos[135] del matrimonio putativo, vale indicar que éstos se despliegan como si el matrimonio fuese válido. Dispone el artículo 127 del CC:

> El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles tanto respecto de los cónyuges como respecto de los hijos, aun nacidos antes del matrimonio, si ha sido contraído de buena fe por ambos contrayentes.
>
> Si sólo hubo buena fe de uno de los cónyuges, el matrimonio suerte efectos civiles únicamente a favor de él y de los hijos.

---

[132] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 63 del 14-12-00; TSJ/SCC, Sent. N° 684 del 10-8-07; TSJ/SCC, Sent. N° 13 del 25-1-08; TSJ, Sala Constitucional, Sent. N° 1715 del 6-10-06, "Sin embargo, la Sala aprecia que, por aplicación del principio constitucional que propugna la inocencia y, por ello, presume la buena fe de los justiciables, debe asumirse, hasta prueba en contrario, que la parte demandante en el juicio intimatorio ignoraba la muerte del demandado. Con fundamento en ese principio y en que no hay evidencia en los autos de la mala fe del demandante, se anula todos los actos procesales desde el 16 de noviembre de 1999, exclusive, y se repone la causa al estado de intimación, en cuya fase el demandante tendrá la oportunidad para la reforma de su pretensión. Así se decide". (Destacado nuestro).

[133] López Herrera, *Derecho...,* pp. 423 y 424.

[134] Mélich Orsini, *Doctrina...,* p. 185.

[135] Véase: Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.*, p. 187, el matrimonio putativo tiende a mitigar el rigor de privar *ex tunc* de todo efecto las nupcias anuladas, cuando fueron celebradas de buena fe. Ello se obtiene atribuyendo al matrimonio anulado hasta el día de la sentencia de nulidad los efectos de un matrimonio válido. Constituye una excepción al principio general en materia de nulidad, la cual no se proyectará hacia el pasado, sino sólo hacia el futuro –*ex nunc*– sin perjuicio del efecto declarativo general de la sentencia.

> Si hubo mala fe de ambos cónyuges, el matrimonio sólo produce efectos civiles respecto de los hijos.

Recordemos que los efectos del matrimonio putativo son personales para el cónyuge de buena fe; si es putativo respecto de ambos contrayentes, entre la fecha de celebración y de la sentencia generará todos los efectos de un matrimonio válido; no así respecto del cónyuge de mala fe, quien no tendrá a su favor efecto alguno del matrimonio porque para él será como si no hubiese existido. Los referidos efectos, deben considerarse en relación a ciertos aspectos, tales como capitulaciones matrimoniales, comunidad conyugal (art. 173 CC) vocación hereditaria y donaciones.

Respecto a la patria potestad, además de la citada norma del artículo 127 del CC que indica que en caso de mala fe de ambos progenitores, el matrimonio sólo produce efectos respecto de los hijos, vale observar que la LOPNNA[136] consagra la titularidad y ejercicio compartido de la patria potestad en cabeza de ambos progenitores, al margen del vínculo existente entre ellos, por lo que la misma sería compartida independientemente de la buena o la mala fe. Al efecto, deben tenerse en cuenta las previsiones de los artículos 351 y 360 *eiusdem*.

5. DEBERES Y DERECHOS

El estado del cónyuge tiene un contenido que viene dado por los deberes y derechos inherentes a tal estado civil. De allí que como consecuencia del matrimonio se distingan un conjunto de efectos que fundamentalmente vienen representados por deberes y derechos, algunos personales y otros de contenido pecuniario, referidos en los artículos 137 y ss del CC. El art. 137 del CC dispone:

> Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asume los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.
>
> La mujer casada podrá usar el apellido del marido. Este derecho subsiste aún después de la disolución del matrimonio por causa de muerte, mientras no contraiga nuevas nupcias.

[136] Véanse arts. 349, 350 y 359.

> La negativa de la mujer casada a usar el apellido del marido no se considerará, en ningún caso, como falta a los deberes que la ley impone por efecto del matrimonio.

Los deberes-derechos de los cónyuges, dada la igualdad entre hombre y mujer a raíz de la Reforma del CC de 1982, son recíprocos y al efecto es claro el artículo 137 del CC, así como el artículo 140 *eiusdem* que indica que "los cónyuges, de mutuo acuerdo, tomarán las decisiones relativas a la vida familiar...". Igualdad ratificada en la Constitución al consagrar que el matrimonio "...se funda en el libre consentimiento y en la *igualdad absoluta de los deberes y derechos de los cónyuges*"[137] y en forma general en la LPFMP[138]. Adicionalmente se agrega que las normas que regulan los mismos son imperativas, es decir, obligatorias, pues están fuera de la autonomía de la voluntad, por tratarse de una materia de orden público. El artículo 137 del CC establece la posibilidad o *facultad* de la mujer casada de utilizar el *apellido* del marido, ello producto de un convencionalismo social que **no** aplica respecto del marido[139]. La norma aclara ante las exageradas interpretaciones derivadas del CC de 1942 que la negativa del uso del apellido no constituye en ningún caso, falta a los deberes que impone la ley en relación al matrimonio. De hecho, ante la sentencia de divorcio se pierde tal posibilidad de uso del apellido, por ser el nombre civil indicativo del estado, por ello lo más recomendable es abstenerse de tal utilización[140].

Entre los deberes-derechos que generalmente considera la doctrina cabe citar: cohabitación, fidelidad, asistencia, socorro[141] y protección.

La cohabitación u obligación de vivir juntos referida expresamente por el artículo 137 CC tiene que ver como su nombre lo indica en convivir o habitar bajo el mismo techo. Sin embargo, no obstante el carácter de

[137] Destacado nuestro. Véase: Poleo, Yolanda: *Igualdad de deberes y derechos en el matrimonio*. En: *Revista de Derecho Privado N° 4,* octubre-diciembre, 1984, pp. 53-61.
[138] Véase artículo 5.
[139] Véase: CSJ/Corte en pleno, Sent. 29-4-97, J.R.G, T. 143, pp. 822-826 (también en OPT, abril 1997, abril 1997, pp. 255-267). En Venezuela no existe la posibilidad de que el marido pueda usar el apellido de su esposa.
[140] Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 483-489.
[141] Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 448-461.

orden público de tales derechos, pudieran los cónyuges no habitar temporalmente bajo el mismo techo sin que medie incumplimiento alguno de los deberes conyugal ni configurarse la causal de abandono[142]. Debe considerarse igualmente que el Juez pudiera autorizar al cónyuge a alejarse del hogar común por justa causa, de conformidad con el artículo 138 CC[143], pero que no obstante el Juzgador no tiene el poder de escoger un nuevo domicilio conyugal, en caso de disconformidad entre los cónyuges. Aunque el artículo 140 CC señale que el domicilio conyugal lo fijan los cónyuges de mutuo acuerdo, su determinación viene dada más precisamente por el artículo 754 del CPC en el lugar donde ejerzan los deberes y derechos de su estado. Por otra parte, el deber de cohabitación cesa en caso de separación de cuerpos, ya sea voluntaria o contenciosa, pues a tenor del artículo 188 CC, la misma tiene el efecto de suspender la vida común de los casados.

La fidelidad que precisa la relación conyugal está también expresamente referida en el artículo 137 CC, y se vulnera en su aspecto extremo mediante el delito de adulterio, que constituye causal de divorcio[144]. Otras manifestaciones contrarias a la fidelidad conyugal y el respeto mutuo que no encuadren técnicamente en el adulterio también podrían subsumirse en la injuria como causal de divorcio[145]. Por lo que ha de concluirse que la fidelidad constituye un sentimiento de respeto y entrega exclusiva al cónyuge que se proyecta en el ámbito físico y moral. Algunos distinguen la fidelidad física (que se quebranta con el adulterio) de la moral que igualmente viola la fidelidad conyugal[146], diferenciando así entre infidelidad social o moral, que no llega al adulterio (y puede constituir "injuria") y la infidelidad objetiva o

---

[142] Véase *infra* N° V.2.2.
[143] "El Juez de Primera Instancia en lo Civil podrá, por justa causa plenamente comprobada, autorizar a cualquiera de los cónyuges a separarse temporalmente de la residencia común".
[144] Véase *infra* N° V.2.1.
[145] Véase *infra* N° V.2.1 y V.2.3. Véase: Baqueiro y Buenrostro, *Ob. Cit.*, p. 78, pues la fidelidad supone no sólo abstenerse de tener cópula con persona distinta al cónyuge, sino cualquier actividad extramarital que afecte la dignidad del cónyuge y que de no configurar adulterio podría constituir injuria.
[146] Véase: D'Jesus, *Ob. Cit.*, p. 55.

material que sí lo configura[147]. El deber de fidelidad además de recíproco y permanente es "incompensable", pues se afirma que la infidelidad de un cónyuge no autoriza la del otro[148], pues en materia familiar no procede la excepción de incumplimiento[149].

Lo económico para algunos se ubica en el "socorro" consagrado en el artículo 139 CC[150], para otros la asistencia abarca el socorro[151], en tanto que algunos indican acertadamente que asistencia y socorro se pueden considerar sinónimos[152] y se alude así al deber de asistencia o socorro moral[153]. El artículo 137 CC refiere que los cónyuges están obligados a "*socorrerse"* mutuamente y dicha norma contiene los deberes de contenido personal en tanto que el artículo 139 CC asociado al soporte económico señala que los cónyuges deben "*asistirse*" recíprocamente en la satisfacción de sus necesidades; el Código Sustantivo utiliza la palabra asistencia para referirse a lo económico. Pero, pensamos que ello es indiferente, pues tales términos bien pueden considerarse sinónimos porque la asistencia ciertamente tiene un contenido que supera lo económico[154].

Se señala que la asistencia implica consejos, apoyo moral y orientación de parte de los cónyuges[155]. Ese derecho-deber se hace evidente en distintas disposiciones del orden jurídico como la no obligación de testimoniar o declarar en contra del cónyuge, la delación legal a favor del cónyuge entredicho (art. 398 CC), la agravante penal de ser el autor del

[147] Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 276; Criollo, José Ernesto: *Constitucionalización de la normativa familiar. Efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia,* Caracas, 1994. Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, p. 683.
[148] Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.*, p. 203; Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 277.
[149] Véase: AMCSFM1, Sent. 7-3-94, J.R.G., T. 129, pp. 82 y 84.
[150] Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 142 y 143.
[151] Soto Álvarez, *Ob. Cit.*, p. 102.
[152] Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 277.
[153] López Herrera, *Derecho...*, p. 458.
[154] Será indiferente referirse a asistencia o socorro moral, como a asistencia o socorro económico o material.
[155] Soto Álvarez, *Ob. Cit.*, p. 102

delito cónyuge de la víctima, etc. La asistencia supone la ayuda, el soporte, apoyo y entrega con el cónyuge.

El artículo 139 indica:

> El marido y la mujer están obligados a contribuir en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del hogar común, y a las cargas y demás gastos matrimoniales. En esta misma forma, ambos cónyuges deben asistirse recíprocamente en la satisfacción de sus necesidades. Esta obligación cesa para con el cónyuge que se separe del hogar sin justa causa. El cónyuge que dejare de cumplir sin causa justificada, con estas obligaciones, podrá ser obligado judicialmente a ello a solicitud del otro.

El deber de auxilio económico como parte de las naturales obligaciones comunes que genera el matrimonio es de orden público y por ende subsiste al margen de la celebración de capitulaciones matrimoniales. La colaboración económica de cada cónyuge en la comunidad ciertamente será proporcional a sus ingresos o posibilidades. Recordemos que respecto de los cónyuges rige la obligación de alimentos[156], la cual podría ser precisada judicialmente a falta de cumplimiento voluntario, aunque ella no es exigible si el reclamante ha incurrido en abandono, lo cual funcionaría como una suerte de excepción en caso de declamación judicial.

Algunos aluden al deber de protección[157], pero pudiera considerarse incluido desde un punto de vista amplio en la asistencia[158]. Sin embargo, existirán diversos deberes-derechos que no obstante no estar expresamente señalados en el texto de la ley responden a la propia

---

[156] Véase *supra* N° III.2.

[157] Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 143.

[158] Véase considerándolo aunque no se le refiera expresamente, una consecuencia del deber de asistencia o socorro moral, que incluye lo físico y lo moral: López Herrera, *Derecho...*, p. 458.

naturaleza del instituto[159] o se incluyen dentro de los ya referidos, entre los que se indica el "respeto mutuo"[160], tolerancia y consideración[161], o el "débito conyugal"[162]. Indica Parra Benítez que los deberes y derechos extrapatrimoniales del matrimonio no se limitan a la fidelidad, sino que aunque incoercibles, son numerosos, profundos y sutiles, tales como la lealtad, la confianza, la capacidad para adaptarse a situaciones cotidianas, así como al temperamento y los defectos del otro[163]. En efecto, los derechos-deberes *personales*[164] inherentes al matrimonio, por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser cumplidos coactivamente, por lo que simplemente su incumplimiento podría configurar casual de divorcio[165].

---

[159] Sostener el carácter taxativo de los derechos-deberes personales del matrimonio, puede conducir a interpretaciones contrarias a la esencia del instituto. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Primacía de la persona en el orden constitucional*. En: *El estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara.* Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, p. 311, "...será estéril una discusión jurídica que ofrezca como único argumento la no consagración expresa de un determinado derecho de la persona. Es bien sabido en materia de interpretación jurídica que el legislador no es un ser omnipotente que puede prever al detalle la plenitud de derechos que despliega el ser humano... En un ámbito tan delicado como los derechos de la persona quien se quede ceñido al texto de las normas mostrará la austeridad jurídica de un espíritu que desconoce la importancia de la persona y de la interpretación... Por encima de la letra de la ley se encuentra la finalidad del derecho... vale recordar las palabras de Emilio Betti: "Solo una especie de mezquindad y de angustia mental dependiente de la falta de educación jurídica, explican el asombro del profano en derecho ante una interpretación jurídica y la pregunta ¿dónde está escrito?

[160] Véase: Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, pp. 142 y 143, señalan que el respeto se traduce en un mínimo de consideración recíproca porque aunque la ley no pueda obligar a amar al cónyuge, pero en lo externo sí se precisa una conducta considerada y cortés. Se debe respetar los derechos de la personalidad del cónyuge que persiste, inclusive tras la disolución del matrimonio (por ejemplo, en lo atinente a la vida íntima; Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 280, respeto es el deber de evitar todo atentado, palabra o acto susceptible de causar daño, físico o psíquico.

[161] Criollo, *Ob. Cit.*, pp. 684 y 685. Indica que la tolerancia permite disimular algunas cosas sin consentirlas expresamente; la consideración facilita el trato cortés y respetuoso entre los cónyuges (*Ibíd*., p. 684).

[162] Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 450-453, se refiere al débito conyugal dentro del deber de cohabitación. Así por ejemplo, la satisfacción de las necesidades sexuales del cónyuge o débito conyugal, constituye en derecho-deber primario y elemental que por obvio no necesita consagración expresa. Satisfacer las necesidades del cónyuge, obviamente incluye las sexuales. Su incumplimiento podría configurar la causal de divorcio Véase *infra* V.2.2 y V.2.3.

[163] Parra Benítez, *Ob. Cit.*, p. 277.

[164] A diferencia de los patrimoniales, pues por ejemplo la obligación alimentaria sí puede ser exigida judicialmente. Véase *supra* N° II.4.

[165] Por ejemplo, a través de la causal de "abandono" o de "injuria". Véase *infra* N° V".

Capítulo IV

Régimen Patrimonial del Matrimonio

1. **Noción**.
2. **Las capitulaciones matrimoniales: 2.1** *Noción, caracteres y efectos.* **2.2** *No son asimilables a la separación judicial de bienes.*
3. **La comunidad conyugal: 3.1** *Noción y caracteres.* **3.2** *Bienes de la comunidad.* **3.3** *Bienes propios.* **3.4** *Cargas de la comunidad.* **3.5** *Administración de la comunidad.* **3.6** *Disolución.*

1. NOCIÓN[1]

El matrimonio genera efectos personales y patrimoniales; dentro de este último tal vez el efecto más importante viene dado por la determinación

---

[1] Véase: Guaglianone, Aquiles Horacio: *Régimen patrimonial del matrimonio.* Argentina, Edit. Ediar, 1968, T. I; Rodríguez Fonnegra, Jaime: *De la sociedad conyugal o Régimen de bienes determinado por el matrimonio.* Bogotá, Ediciones Lerner, 1964, T.I; Bocaranda E., Juan José: *El Régimen de los Bienes Matrimoniales (En el nuevo Código Civil 1982).* Caracas, Tipografía Principios, 1984; Fuenmayor, José Andrés: *Régimen patrimonial del matrimonio.* En: *XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia.* Barquisimeto, 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diario de Tribunales, 1990, pp. 89-112; Palacios, Leopoldo: *La administración y disposición de los bienes dentro del matrimonio.* En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Santa María N° 10,* mayo-agosto 1982, pp. 131-144; Obando Salazar, Ramón: *Regímenes de bienes en el matrimonio.* En: *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* Universidad de Los Andes, 1981-1982, pp. 143-165; Parra Aranguren, Gonzalo: *El Régimen de los bienes en el matrimonio en el Derecho Internacional Privado venezolano.* Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", Cátedra Fundacional Caracciolo Parra León, 2007.

del régimen patrimonial o económico que regirá el vínculo. Éste se traduce en el conjunto de reglas que regirán las relaciones pecuniarias de los cónyuges con ocasión del matrimonio[2]. Los efectos de naturaleza patrimonial del matrimonio son los atinentes al régimen al cual quedan sometidos los contrayentes, en lo que respecta a la propiedad y administración[3].

Para determinar o precisar cuál es el régimen patrimonial del matrimonio debe distinguirse si las partes en atención al principio de la autonomía de la voluntad han celebrado capitulaciones matrimoniales o contrariamente no han celebrado tales convenciones; en el primer caso, las mismas regirán en principio la totalidad o parte del régimen pecuniario entre los cónyuges. Si por el contrario, los esposos no han pactado las citadas capitulaciones caen necesariamente en el régimen legal supletorio de la comunidad de gananciales, regulado en los artículos 148 y siguientes del CC. Es decir, a falta de capitulaciones matrimoniales, la ley dispone ciertas normas o reglas para regir los derechos y obligaciones de contenido patrimonial entre los cónyuges, lo que constituye la comunidad de bienes o comunidad de gananciales. Las normas relativas al régimen patrimonial del matrimonio están contenidas en los artículos 141 al 183 del CC[4].

Diversos son los sistemas que clasifica la doctrina, a fin de ubicar los regímenes patrimoniales matrimoniales de los legisladores contemporáneos entre los que atendiendo a su origen ubica los sistemas contractuales (de libertad absoluta y de libertad de elección) y los sistemas legales (obligatorios y supletorios) y atendiendo a sus efectos distingue entre sistema de absorción (absorción propiamente dicha y unidad de patrimonio), sistema de comunidad (universal y limitada) y sistema de separación (total y limitada)[5]. Venezuela se ubica en el primero de los indicados, a saber, en un sistema contractual de libertad absoluta, pues

---

[2] Véase: Guaglianone, *Ob. Cit.*, p. 11, conjunto de normas legales que regulan las relaciones de naturaleza pecuniaria de los cónyuges; Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.*, p. 279, conjunto de normas relativas a la economía del matrimonio y que se aplican a todos y cada uno de los celebrados, independientemente de si se rigen por un estatuto de comunidad o uno de separación.

[3] Bocaranda, *Guía...,* p. 409.

[4] Véase sobre tales normas: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 141 al 164. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1994; CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 165 al 183. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1997.

[5] Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 473-487; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 145-150.

los futuros cónyuges pueden pactar por vía de capitulaciones matrimoniales el régimen que los regirá; en caso de no celebrar tales convenciones rige para ellos supletoriamente la comunidad de gananciales, de allí su denominación el régimen legal supletorio.

Al efecto indica el artículo 141 del CC: "El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la Ley". A las primeras se les denomina "capitulaciones matrimoniales", en tanto que la aplicación de la "ley" da paso al "régimen legal supletorio". Vamos a referirnos a cada uno de éstos.

Se alude entre los principios que rigen el sistema patrimonial-matrimonial en Venezuela, además de la igualdad (art. 137 CC y 77 Constitución), el principio de la libertad selectiva del régimen patrimonial (art. 141 CC) y el principio de orden público patrimonial-matrimonial[6].

2. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

2.1 *NOCIÓN, CARACTERES Y EFECTOS*

Las capitulaciones matrimoniales[7] constituyen un contrato bilateral[8] solemne, inmutable, personalísimo, previo[9] y accesorio al matrimonio[10], en virtud

[6] Bocaranda, *El Régimen...,* p. 12. Véase: *Ibíd.*, pp. 15-22.
[7] Véase sobre éstas: Garbati Garbati, Guido y Alejandra León Parada: *Las capitulaciones matrimoniales y sus implicaciones.* En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, pp. 549-582; Moreno-Torres Herrera, María Luisa: *Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales.* En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 634,* mayo 1996, Registradores de España, http://stage.premium.w2.vlex.com/doctrina/Revista-Critica-Derecho-Inmobiliario/Contenido-concepto-capitulaciones-matrimoniales/2100-326058,01.html, CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 141 al 164, *Ob. Cit.*, pp. 43-155; Bocaranda, *El Régimen...,* pp. 115-130; López Herrera, *Derecho...,* pp. 491-518.
[8] Como contrato o convención obviamente precisa de la voluntad de ambas partes para su realización, a saber, de los futuros contrayentes. Por lo que la disconformidad de uno de éstos hará imposible la materialización de dicho acto jurídico. Adicionalmente imponen obligaciones para ambas partes.
[9] En nuestro Derecho, necesariamente han de ser celebradas y modificadas previamente al matrimonio, es decir, con antelación o anterioridad a dicho acto. Véase artículos 143 y 144 del Código Civil; DFMSCM2, Sent. 11-3-87, J.R.G., T. XCVIII, 1987, p. 31, las capitulaciones celebradas con posterioridad al matrimonio no tienen efecto jurídico alguno en Venezuela.
[10] Véase sobre tales caracteres: López Herrera, *Derecho...,* pp. 500-512; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 153 y 154.

del cual los futuros cónyuges se sustraen al régimen legal patrimonial supletorio que regirá el matrimonio, representando así una aplicación del principio de la autonomía de la voluntad dentro de dicha materia[11]. Se traduce en una forma de modificar el régimen patrimonial que prevé la ley con relación al matrimonio[12]. Precisa al igual que este último de ciertas solemnidades[13]. De allí que se aluda al principio de la solemnidad (art. 143 CC) y de la inmodificabilidad posterior (144 CC) de las capitulaciones matrimoniales[14].

---

[11] Véase: De Freitas De Gouveia, *Ob. Cit.*, s/p. la autora al referirse al estado familiar y al matrimonio indica que "las capitulaciones matrimoniales, representan la máxima manifestación de la autonomía de la voluntad, en la determinación del régimen patrimonial de los cónyuges, dentro de los límites exigidos por la ley"; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 10-9-04, Exp. N° 24.213 http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/101-10-24.213-.html, "Las capitulaciones son un acto o convenio perfeccionado por los futuros contrayentes, con la finalidad de determinar el régimen patrimonial del matrimonio, es decir, es una relación contractual donde la pareja antes de formalizar su relación, fijan la forma mediante la cual se regirá la comunidad de bienes durante la unión conyugal. Nuestra legislación reconoce a los contrayentes amplia libertad para estipular su régimen patrimonial matrimonial, fundamentado en la autonomía de la voluntad, como principio fundamental del campo de las relaciones contractuales, siempre y cuando no sean acordadas cláusulas contrarias a las leyes, a normas de orden público y a las buenas costumbres." (Destacado nuestro); Tribunal Supremo de Justicia/ SCC, Sent. RC N° 00447 del 21-6-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RC-00447-210607-061066.htm

[12] Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Amazonas, Sent. 19-5-06, Exp. N° 06.6353, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/337-19-06-6353-.html, "...mediante las capitulaciones matrimoniales los cónyuges pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualquier otra disposición matrimonial. Por virtud de este régimen pertenecen a cada cónyuge los bienes que tenía en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título (donación, compraventa, etc.), y corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes"; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Barinas, Sent. 16-7-07, Exp. Nº 06-7494-CO, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/julio/803-16-06-7494-CO-07-07-30.html, "En relación con las capitulaciones matrimoniales, la doctrina patria sostiene que, son pactos o convenios perfeccionados por los futuros contrayentes con el objeto de determinar el régimen económico o patrimonial del matrimonio, es decir, acuerdos que celebran un hombre y una mujer en atención al futuro matrimonio que proyectan contraer, para fijar el régimen conyugal de bienes".

[13] Véase: Medina, Graciela: *La posibilidad de pactar el régimen de bienes en el matrimonio, limitaciones y Proyecto de Reforma del Código Civil,* www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000050.pdf el matrimonio es un acto jurídico familiar solemne, que no puede ser celebrado sino en la forma establecida por la ley, y las convenciones también lo son. Véase también: Zingman de Domínguez, Nydia: *Reformas al Régimen de bienes en el matrimonio y su incidencia en las empresas de familia,* www.zingmandominguez.com/documentos/documento16.pdf, las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio.

[14] Véase: Bocaranda, *El Régimen...,* p. 13. Véase: *Ibíd.*, pp. 22-25.

Se ha indicado que su celebración debería constar en la correspondiente acta de matrimonio[15]. De no existir capitulaciones matrimoniales entra en aplicación el régimen legal supletorio[16] que supone una presunción *iure et de iure*[17] de gananciales de por mitad de conformidad con el artículo 148 del CC, por lo que el citado negocio jurídico de las "capitulaciones matrimoniales" constituye la excepción a la aplicación de dicha presunción de comunidad habida durante el matrimonio.

Al efecto ha indicado el Máximo Tribunal "El régimen patrimonial de los cónyuges en la República Bolivariana de Venezuela se rige, de conformidad con lo previsto en el artículo 141 del Código Civil, por las convenciones de las partes y por la Ley. Esto supone que los contrayentes tienen la libertad de fijar mediante las capitulaciones matrimoniales, el régimen patrimonial que ellos prefieran, pero, si no hacen uso de ese derecho, se les impone, en forma obligatoria, un régimen legal supletorio, que es comúnmente denominado comunidad limitada de gananciales. Debe advertirse, que derivada de la libertad que concede la Ley, de

[15] Sin embargo, no figura entre las menciones que debe contener la partida de matrimonio según el artículo 89 del CC por lo que no pareciera procedente una rectificación de partidas por omisión de tal mención. Véase: Quirós, Luis D.: *El régimen de los bienes durante el matrimonio*. En: *Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia*. Maracaibo, T. VII, 1941, p. 3002, señala que sería conveniente en una reforma si se obligara a expresar en el acta de matrimonio la existencia del documento de capitulaciones para facilidad de conocimiento de terceros. Véase no obstante, declarando rectificación para incluir tal mención: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 24-5-06, Exp Nº 16081 http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/102-24-16.081-.html CON LUGAR la RECTIFICACIÓN DEL ACTA DE MATRIMONIO... A fin de que se ordene insertar en la referida acta de matrimonio que los cónyuges contrajeron matrimonio civil bajo Capitulaciones Matrimoniales. Véase: artículo 112, numeral 5, Proyecto de Ley Orgánica de Registro del Estado Civil que dispone entre las menciones que deberá contener la partida de matrimonio "datos registrales del documento de capitulaciones matrimoniales". www.cne.gob.ve/documentos/pdf/PROYECTO_DE_LEY_ORGANICA_DEL_REGISTRO_CIVIL_OCTUBRE_2007.pdf (consultado en febrero de 2008).

[16] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/ SCC, Sent. RC N° 00447 del 21-6-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RC-00447-210607-061066.htm, "puede existir cuando los cónyuges en las disposiciones de las capitulaciones matrimoniales...si de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, los futuros contrayentes han escogido un régimen de patrimonios separados, ninguna de las normas del Código Civil serán aplicables para regular el régimen patrimonial del matrimonio. Por tanto, será necesario en cada caso examinar los términos en los cuales han sido convenidas las capitulaciones matrimoniales, para determinar la eventual aplicación de las normas que integran el régimen legal supletorio". (Destacado nuestro).

[17] Esto es que no admite prueba en contrario.

establecer convencionalmente el régimen patrimonial, surge la posibilidad de que los interesados, de común acuerdo, para ciertos temas, decidan utilizar el régimen legal supletorio. Por tanto, la existencia de las capitulaciones matrimoniales y la manera en que han sido convenidas, será determinante para saber en qué medida tienen cabida para regular ciertos aspectos del régimen patrimonial, las normas del Código Civil. Por ello, que en los casos en los cuales se haya convenido un régimen de separación total de patrimonios, no son aplicables ninguna de las normas que regulan el régimen supletorio del Código Civil"[18].

Con las capitulaciones matrimoniales los futuros contrayentes pueden sustraerse del régimen legal supletorio, bien sea limitándolo o ampliándolo. Decimos esto, porque aun cuando generalmente son realizadas con la idea de restringir o limitar el régimen legal y pactándose sustancialmente una "separación de bienes"[19], por aplicación del citado principio de autonomía de la voluntad, bien pudieran pactarse para ampliar el mismo. Y así por ejemplo, por cuanto no es contrario el orden público, se podría disponer que se incluyen en los bienes comunes, aquellos que legalmente constituyen bienes propios durante la comunidad, como sería el caso de los adquiridos por donación o herencia[20]. Por otra parte,

[18] Tribunal Supremo de Justicia/ SCC, Sent. RC 00447 del 21-6-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RC-00447-210607-061066.htm; Tribunal Supremo de Justicia/ SCC, Sent. N° 00246 del 23-3-04, Exp 2002-000879, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RNyC-00246-230304-02879.htm

[19] Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 8-8-06, Exp. N° 17.627, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/723-8-17.627-.html "...que con dichas capitulaciones optaron por el sistema de separación total de bienes"; Juzgado Noveno de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 27-11-06, Exp N° 05-3209, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/2156-27-05-3209-.html "antes de contraer matrimonio se habían acogido al Régimen de Separación de bienes".

[20] Las capitulaciones matrimoniales constituyen simplemente una forma voluntaria o contractual de variar el régimen patrimonial supletorio del matrimonio (es la forma de regir los bienes en el matrimonio según refiere el artículo 141 CC); curiosamente siempre se piensa que las capitulaciones son para limitar o restringir ese régimen pero bien pudiera –por aplicación de la autonomía de la voluntad– utilizarse para ampliarlo, esto es, para variar el régimen patrimonial legal a favor de los futuros contrayentes. Véase: Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 14-7-08, Exp. 2007-14345, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/2121-14-14345-.html "curiosamente siempre se piensa que las capitulaciones son para limitar o restringir ese régimen, pero bien pudiera –por aplicación de la autonomía de la voluntad– utilizarse para ampliarlo, esto es, para variar el régimen patrimonial legal a favor de los futuros contrayentes y *verbi gratia*, prever que algunos bienes excluidos legalmente de la comunidad conyugal formaran parte de ella, como es el caso de las donaciones y herencias".

se aprecia igualmente capitulaciones que pretenden constituir una suerte de inventario y referencia a la administración de los bienes previos al matrimonio, pero con la indicación de que respecto de los bienes futuros se acoge el régimen legal[21], situación que para algunos puede resultar útil por ejemplo para excluir de los gananciales el aumento valor de los bienes comunes por mejoras con dinero de la comunidad[22]. Sin embargo, se ha indicado que realizar capitulaciones para disponer que son propios los bienes anteriores al matrimonio resulta inoficioso porque en ello consiste el régimen legal[23]. Existirán pues múltiples maneras de variar o modificar el régimen patrimonial legal supletorio del matrimonio, pues como se indica "las capitulaciones matrimoniales permiten multitud de variantes y matices en cuanto al régimen patrimonial" a condición que se respeten los límites legales[24].

En cuanto a la *capacidad* para celebrar capitulaciones se precisa distinguir entre los siguientes incapaces de obrar: el menor, el inhabilitado y el entredicho (judicial y legal). La capacidad para celebrar capitulaciones viene dada en principio, por la capacidad matrimonial, es decir, por ser accesorias al matrimonio, podrá celebrarlas quien tenga capaci-

---

[21] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/ SCC, Sent. N° 00246 del 23-3-04, Exp 2002-000879, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RNyC-00246-230304-02879.htm En el caso bajo análisis, los futuros cónyuges hicieron las capitulaciones matrimoniales, por lo que realizaron un inventario pormenorizado de los bienes de cada uno de ellos, con la especificación de que cada cual administraría los propios libremente y que éstos nunca llegarían a formar parte de la comunidad conyugal que quedaría establecida con la realización del matrimonio, es decir, dejaron estipulado que efectivamente se constituiría una comunidad de gananciales o sociedad conyugal. Esto dicho en otras palabras significa que, los capitulantes manifestaron contractualmente acoger el régimen establecido en la ley para la comunidad conyugal".

[22] Que prevé el artículo 163 del CC.

[23] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/ SCC, Sent. N° 31 del 16-2-01, Exp 00-091, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/31-160201-rc00091.htm "...En la Cláusula Segunda se establece que dicho ciudadano conservara y serán siempre de el (Sic) tanto los bienes señalados como los frutos civiles, rentas o intereses, como los bienes que durante el matrimonio llegare a adquirir con dinero proveniente de la enajenación o inversión de los bienes que actualmente le pertenecen, o con dinero proveniente de la enajenación o inversión de los bienes que actualmente le pertenecen, o con dinero proveniente de los frutos, dividendos, superávits, cuentas e intereses de dichos bienes. Tal estipulación, en cuanto a los bienes que para ese momento eran del ciudadano... resulta inoficioso, innecesaria, ya que por mandato legal, el artículo 151 del Código Civil (Sic), son bienes de cada cónyuge los que le pertenecen al tiempo de contraer matrimonio, así como los que adquiera con el producto de su enajenación.

[24] Bocaranda, *El Régimen...,* p. 130.

dad para contraer matrimonio, aun cuando medie "capacidad limitada"[25] porque la ley prevé la asistencia o la autorización por tratarse de un acto personalísimo aunque sea patrimonial. El menor de edad puede celebrarlas con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para el matrimonio (artículo 146 CC); el inhabilitado precisa de la asistencia y aprobación del curador y aprobación del juez con conocimiento de causa (artículo 147 CC); el entredicho judicial por carecer de discernimiento no puede realizar capitulaciones matrimoniales porque ni siquiera cuenta con capacidad matrimonial y al tratarse de un acto personalísimo no obstante su contenido patrimonial no se admite la representación legal; el condenado a presidio, si bien por un sentido sancionatorio está privado de la libre administración de sus bienes por actos entre vivos según el artículo 23 del Código Penal, tiene en nuestro concepto capacidad para celebrar capitulaciones por tener capacidad matrimonial en razón de tratarse de un acto personalísimo, no obstante su connotación patrimonial[26]. Debe recordarse que toda persona con capacidad para contraer matrimonio la tiene también para hacer capitulaciones matrimoniales[27].

Las capitulaciones matrimoniales, de conformidad con el artículo 143 del CC "deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio; pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de la celebración de éste, so pena de nulidad". La formalidad no se cumple ante una oficina cualquiera de Registro sino que la competente es donde se celebrará el matrimonio.

---

[25] La ley concede capacidad limitada al incapaz de obrar, cuando éste puede actuar asistido o autorizado, pues en tal caso mantiene la iniciativa del acto. Y concede capacidad plena cuando el sujeto puede actuar por sí solo. La representación legal por su parte implica sustitución y supone una incapacidad absoluta o plena. Los actos personalísimos no admiten la representación legal.

[26] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 391, "Con relación a las capitulaciones matrimoniales, pensamos que pudiera sostenerse la procedencia de las mismas, pues el entredicho legal tiene capacidad matrimonial, requisito de capacidad necesario para la validez de las capitulaciones. La prohibición del art. 23 del CP pareciera injusta aplicarla al caso particular de las capitulaciones porque se le privaría de la posibilidad de variar el régimen de gananciales de una forma perpetua no sólo al entredicho sino a su futuro cónyuge." Véase en sentido contrario: Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 225.

[27] Véase: AMCSCMT7, Sent. 8-5-96, J.R.G., T. 138, p. 29

El Decreto Ley de Registro Público y del Notariado de 2001[28] en su artículo 74, numeral 8 le atribuía competencia al Notario en materia de capitulaciones matrimoniales[29]. No obstante, la Ley de Registro Público y del Notariado de 2006[30], en su artículo 45, numeral 11, prevé nuevamente la necesidad de Registro Público de las capitulaciones[31] por lo que cabe seguir sosteniendo su solemnidad registral[32]. De conformidad con el artículo 144 CC las modificaciones de las capitulaciones han de ser igualmente previas al matrimonio y seguir las mismas formalidades que aquéllas[33].

En cuanto a la *nulidad* de las capitulaciones matrimoniales[34], la misma tiene lugar –siguiendo el sentido general de tal institución– cuando acontece la transgresión o violación de una formalidad esencial o sustancial en su celebración. Tal nulidad puede ser *absoluta* o *relativa* según se hayan violentado normas de orden público o del interés particular de las partes, respectivamente. Como ejemplos de nulidad absoluta se coloca la violación de las necesarias solemnidades legales[35] (funcionario in-

---

[28] G.O. N° 37333 del 27-11-01.
[29] Véase sobre tal innovación: López Herrera, *Derecho...,* pp. 504-507.
[30] G.O. N° 5.833 del 22-12-06.
[31] "El Registro Público tiene por objeto la inscripción y anotación de los actos o negocios jurídicos relativos al dominio y demás derechos reales que afecten los bienes inmuebles. Además de los actos señalados con anterioridad y aquellos previstos en el Código Civil, en el Código de Comercio y en otras leyes, en el Registro Público se inscribirán también los siguientes actos: ... 11. Las capitulaciones matrimoniales".
[32] De manera que aun cuando sean otorgadas ante Notario precisan ser inscritas ante el Registro competente antes de la celebración del matrimonio, como lo prevé el citado art. 143 CC.
[33] El Artículo 22 de la Ley de Derecho Internacional Privado dispone que la inscripción en Venezuela de las capitulaciones celebradas de conformidad con un Derecho extranjero "Los efectos personales y patrimoniales del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio común de los cónyuges. Si tuvieren domicilios distintos, se aplicará el Derecho del último domicilio común. Las capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo con un Derecho extranjero competente podrán ser inscritas en cualquier momento en la respectiva Oficina Principal de Registro venezolana, cuando se pretenda que produzcan efectos respecto de terceras personas de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República".
[34] Véase: López Herrera, *Derecho...,* pp. 515-518; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 155 y 156.
[35] Véase: Bocaranda, *Guía...,* pp. 436 y 437, tales como los relativos a la solemnidad, inmutabilidad, marco de legalidad de buenas costumbres. Véase: DFMSCM1, Sent. 8-4-86, J.R.G., T. XCV, p. 10, de la falta de claridad de las capitulaciones no puede inferirse la nulidad de las mismas. Véase: López Herrera, *Derecho...,* p. 516.

competente) o normas de orden público (deberes y derechos de los cónyuges) en tanto que como ejemplos de nulidad relativa se aprecia la incapacidad legal y los vicios del consentimiento[36]. La nulidad absoluta dada su naturaleza no es convalidable y no prescribe pero la doctrina señala que si el matrimonio se disolvió o extinguió por sentencia prescribe a los diez (10) años de conformidad con el artículo 1977 CC[37]; en tanto que la relativa es convalidable y la acción para intentarla prescribe a los cinco (5) años de conformidad con el artículo 1.346 CC. Se indica que también pudiera tener lugar una nulidad parcial o total, según se afectare una porción de la convención o la totalidad de la misma.

Las capitulaciones matrimoniales tienen el efecto de permitir a voluntad de los contrayentes la escogencia del régimen patrimonial que los regirá mientras dure el vínculo matrimonial. La declaratoria definitivamente firme de nulidad de las mismas las dejará sin efecto jurídico y entrará en aplicación el régimen legal supletorio.

2.2 *NO SON ASIMILABLES A LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES*

Se ha pretendido asimilar las capitulaciones matrimoniales a la separación judicial de bienes, lo que conllevaría –para algunos– que ciertos efectos jurídicos que la ley le atribuye a ésta, como la pérdida de la vocación hereditaria se extienda a quienes han celebrado capitulaciones[38]. Esto pues, de conformidad con el artículo 823 del CC:

> El matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate. Estos derechos cesan con la *separación de cuerpos y de bienes,* sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos de reconciliación. (Cursivas nuestras).

---

[36] Véase: Bocaranda, *Ob. Cit.*, p. 437, o violación del principio de la igualdad conyugal.
[37] López Herrera, *Derecho...*, pp. 516; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 230, la acción prescribe en un lapso de diez años contados a partir del momento en que queden sin efecto las capitulaciones.
[38] Véase en este sentido: Garbati Garbati y León Parada, *Ob. Cit.*, p. 582, indican los autores: "En caso de muerte de uno de los cónyuges el sobreviviente pierde la vocación hereditaria como efecto inmediato de las capitulaciones matrimoniales que hubieren acordado".

También pretende agregarse que cuando las capitulaciones matrimoniales equivalen a una absoluta separación de bienes, de conformidad con el artículo 883 del CC[39] los cónyuges no son herederos legitimarios entre sí porque dicha norma alude al cónyuge sobreviviente que ***no esté separado legalmente de bienes***[40]. Se pretende asociar así la celebración de capitulaciones matrimoniales a la pérdida de la vocación hereditaria y a la condición de heredero legitimario[41]. En nuestro concepto, las capitulaciones matrimoniales no excluyen la vocación hereditaria ni el carácter de heredero legitimario del cónyuge[42].

Pensamos que la separación de bienes que excluye la vocación hereditaria ciertamente es la judicial de conformidad con el artículo 823 del CC, pues claramente la norma señala "*sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos de reconciliación*"[43].

[39] Que dispone: "La legítima es una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes, con arreglo a los artículos siguientes...".
[40] Véase: Garbati y León Parada, *Ob. Cit.*, p. 579: "Al respecto debemos entender por separación absoluta la separación total de bienes, al que aparente ser de comunidad limitada. Así el artículo 883 del Código Civil consagra que los cónyuges casados con sistema de separación de bienes no son legitimarios entre sí"; López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 290.
[41] Véase también: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil del Tránsito, Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, Sent. 13-7-05, Sentencia N° 119-J/13/07/05, Exp. Nº 2112, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/163-13-2112-119-J-13-07-05.html-37k-: "Asimismo alegó la demandada ...y que ella no entraba en la herencia como cónyuge *supérstite,* porque había celebrado capitulaciones matrimoniales, que excluía tal condición. Igualmente afirmó, que la legítima es la mitad de lo que legítimamente corresponde a un heredero y al cónyuge sobreviviente que no haya celebrado capitulaciones matrimoniales, deducidas las cargas; que ella no era heredera legitimaria, pues había celebrado capitulaciones matrimoniales...".
[42] Véase sobre tales nociones: Tribunal Supremo de Justicia/SCC, Sent. N° RC00698 del 10-8-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00698-100807-99254.htm, "En ejercicio de su función pedagógica jurídica, esta Máxima Jurisdicción estima procedente establecer el significado y sus diferencias entre heredero legal o legítimo y heredero legitimario.
La condición de heredero legal o legítimo la otorga, como el vocablo lo indica, la propia ley, vale decir, tal carácter deviene de la ley en los casos de que el causante fallece sin manifestar mediante testamento válido, como deberá ser distribuido su patrimonio y en cuyo supuesto, con base al orden legal de suceder, deberán ser adjudicados los bienes que integren ese acervo hereditario.
Por su parte heredero legitimario o forzoso es aquel a quien, independientemente de lo que resuelva el causante mediante testamento, le corresponderá una porción de la herencia llamada legítima, la cual deberá ser respetada por el testador y sobre la que no puede disponer libremente".
[43] Destacado nuestro. La referencia a la "reconciliación" ratifica nuestra postura..

Ciertamente es obvio que el Legislador alude a la separación judicial de bienes (ya sea graciosa o contradictoria) como presupuesto de exclusión de los derechos sucesorios. De allí que acertadamente se indique que las capitulaciones matrimoniales no excluyen la vocación hereditaria[44]. Vale citar igualmente una decisión judicial de instancia que indica al respecto "...que la circunstancia de que se haya celebrado capitulaciones matrimoniales, entre la ciudadana... y el causante (que es el punto controvertido por esta codemandada, quien pretende ser incluida en la partición), no es obstáculo para que ésta concurra a participar en la herencia dejada por su difunto esposo, en una proporción igual a la que corresponde a los hijos, demandante y codemandados, tal como lo dispone el artículo 824 *eiusdem*, ya que las capitulaciones matrimoniales lo que impide es que se forme la comunidad de bienes gananciales, en razón del matrimonio, y habidos dentro de la vigencia de éste, según los artículos 148 y 149 del Código Civil"[45].

La celebración de tales convenciones en modo alguno limita los efectos del matrimonio en la misma medida que la separación judicial de bienes. Así pues, las capitulaciones matrimoniales NO excluyen la *vocación hereditaria* porque no equivalen a una separación judicial de bienes. La separación de bienes a la que alude el artículo 823 del CC es la *judicial*, ya sea de mutuo acuerdo o contenciosa, como claramente lo indica la norma. Interpretar lo contrario no sólo va contra el elemento gramatical y teleológico de la norma en cuestión sino contra el sentido natural de las instituciones y derechos que rodean el matrimonio. Por otra parte, y en el mismo sentido las convenciones matrimoniales NO hacen perder la legítima que por derecho imperativo le corresponde al cónyuge: pretender lo contrario porque el artículo 883 *eiusdem* utiliza la frase

---

[44] Véase en este sentido, señalamientos de la recurrida en: Tribunal Supremo de Justicia/SCC, Sent. N° RC00698 del 10-8-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00698-100807-99254.htm, se indica que "La recurrida solamente admite lógicamente como tal separación de bienes a la separación judicial".

[45] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil del Tránsito del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 11-4-03, Exp. Nº 2862, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2003/abril/163-11-2862-013-A110403.html Agrega la citada decisión: "Por tanto, se concluye: a) que es procedente la demanda de partición intentada por el ciudadano...; y b) que debe concurrir como participante de la herencia, los ciudadanos:...., en su condición de cónyuge sobreviviente y los ciudadanos..., como hijos ...quien falleciera sin dejar testamento...".

"que no esté separado legalmente de bienes" y no referirse expresamente a la judicial, constituye una conclusión al margen de un sana lógica[46]. La legítima como cuota o derecho que por ley le corresponde a los herederos legitimarios, tiene carácter de orden público y por ende, no puede resultar vulnerada ni siquiera por las capitulaciones matrimoniales. Lo que ratifica que aunque la norma del artículo 883 CC si bien a diferencia de la del artículo 823 no aluda a "separación judicial de bienes" ciertamente se está refiriendo a ésta como causa de exclusión de la legítima a favor del cónyuge[47].

De hecho se aclara que ni si quiera la separación de *cuerpos* por sí sola hace perder la vocación hereditaria[48]. Es bien sabido que en materia de restricción o limitación de derechos (como sería el caso excluir la vocación hereditaria) ha de aplicarse la interpretación estricta, y no es procedente extender la grave consecuencia de la separación judicial de bienes[49] a supuestos no previstos ni en la letra ni en el ánimo del Legislador. A veces, se pretende que el Legislador realice expresamente distinciones –que en honor a la verdad– no tiene por qué hacer[50], pues

---

[46] Pero no es de extrañar que algunos así lo indiquen si aun en el caso de la vocación hereditaria (823 CC) en que expresamente el CC alude a la separación "judicial" de bienes ya sea contenciosa o amistosa, se pretende sostener la equiparación con las capitulaciones matrimoniales.
[47] Dicha interpretación viene además claramente ratificada por el artículo 887 *eiusdem* que prevé: "Se imputarán al cónyuge sobre su legítima, además de todo lo que se le haya dado por testamento, todo cuanto haya adquirido por las capitulaciones matrimoniales y por donación...". De lo que se deduce que si lo adquirido por capitulaciones se imputará a la legítima, ciertamente no puede deducirse que aquéllas hacen perder al cónyuge –como es natural– su condición de heredero legitimario.
[48] Véase: DFMSCMT4, Sent. 8-1-92, Jurisprudencia Oscar Pierre Tapia, Enero 1992, N° 2, p. 119, "No es cierto como lo sostienen los representantes de los menores demandados que la separación de cuerpos produzca el efecto de suspender o extinguir la vocación hereditaria recíproca entre los cónyuges. Esta –tal vocación hereditaria– se pierde con la separación de bienes, tal lo establece el artículo 823 del Código Civil, que al consagrar los derechos sucesorios entre los cónyuges indica además una causal de cesación de dichos derechos pareja con la suspensión de las relaciones patrimoniales entre éstos –la separación de cuerpos sólo suspende la vida en común de los casados– provocada por la separación de bienes, haciéndose mención a una y a otra, conjuntamente, por la necesidad de que toda separación de bienes debe estar precedida de la separación de cuerpos, tal resulta de lo dispuesto por los artículos 173 y 190 del Código Civil". (También en J.R.G., T. 120. pp. 42 y 43); López Herrera, *Derechos...,* T. II, p. 290, tampoco la separación de bienes sin separación de cuerpos.
[49] Ya sea en razón de jurisdicción voluntaria o contenciosa.
[50] Véase: Domínguez Guilén, *Ensayos...,* 2006, p. 625, nota 20, "...el Legislador no es un ser omnipotente que deba prever en el texto de la ley, aspectos que son producto de la lógica jurídica, el fin de la ley y el propio sistema".

forman parte de un lógica interpretación. En ocasiones, el Legislador se expresa claramente como en el artículo 823 CC al indicar que la separación que excluye la vocación hereditaria es la judicial y todavía se pretende entender algo distinto al texto y al fin de la norma. Por lo que vale concluir que el problema no está en la letra de la ley sino en el manejo de las instituciones.

Por otra parte, mal podría sostenerse la pérdida de la vocación hereditaria por las capitulaciones matrimoniales frente a la vocación hereditaria en caso de concubinato, de conformidad con el artículo 77 de la Carta Magna[51], en contraste con la improcedencia de una suerte de capitulaciones respecto de las uniones de hecho, a decir de la Sala Constitucional[52], si se supone que la esencia de ambas instituciones es similar. Se llegaría al absurdo que el concubinato tendría efectos más beneficiosos frente al matrimonio. De allí que la vocación hereditaria es un efecto común al matrimonio y al concubinato[53]. Y que ello conlleva a sostener en el caso de uniones de hecho inclusive el respeto a la legítima del concubino[54].

Las capitulaciones matrimoniales no pueden vulnerar disposiciones imperativas o de orden público, entre las que cabe citar, las sucesorales[55], como la legítima a favor del cónyuge[56]. Así lo prevé expresamente el artículo 142 del CC aludiendo inclusive en su parte final a la sucesión

---

[51] Véase *infra* N° XI.2.2.2 y XII.3.
[52] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 1682 del 15-7-05, indica: "Resulta importante para esta interpretación, dilucidar si es posible que entre los concubinos o personas unidas, existe un régimen patrimonial distinto al de la comunidad de bienes, tal como el previsto en el Código Civil en materia de capitulaciones matrimoniales... A juicio de esta Sala, ello es imposible, porque la esencia del concubinato o de la unión estable no viene dada –como en el matrimonio– por un documento que crea el vínculo, como lo es el acta de matrimonio, sino por la unión permanente (estable) entre el hombre y la mujer, lo que requiere un transcurso de tiempo (que ponderará el juez), el cual es el que califica la estabilidad de la unión; y siendo ello así, a priori no puede existir una declaración registrada de las partes constitutivas de la unión, en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante ella".
[53] Véase artículo 823 CC: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Jueza Unipersonal Nº 01, Sent. 8-9-7, Exp. N° 7995, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/1179-8-7995.html
[54] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...,* p. 233, nota 65; TSJ/SC, Sent. 1682 del 15-7-05. Véase *infra* N° XI.2.2.2. y XII.3.
[55] Véase: López Herrera, *Derecho...,* p. 495, "las convenciones matrimoniales no pueden tampoco derogar disposiciones legales sobre sucesión hereditaria".
[56] Véase artículo 883 del CC.

hereditaria[57]. Siendo así, mal podría concluirse que por efecto de tales convenciones matrimoniales se pierde la capacidad de suceder o la legítima a favor del cónyuge sobreviviente. Las convenciones o capitulaciones matrimoniales *no* afectan en modo alguno la legítima que por derecho le corresponde al cónyuge sobreviviente; cualquier disposición que así lo pretenda estaría viciada de nulidad[58]. Los límites de la auto-

---

[57] Que indica: "Serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o las buenas costumbres, o en detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen en la familia, y los contrarios a las disposiciones prohibitivas de este Código y a las establecidas sobre divorcio, separación de cuerpos, emancipación, tutela y sucesión hereditaria".

[58] Véase las consideraciones de la recurrida en: Tribunal Supremo de Justicia/SCC, Sent. N° RC00698 del 10-8-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00698-100807-99254.htm: "...Se ha alegado por parte de la demandada que como la actora contrajo matrimonio bajo Régimen de Capitulaciones matrimoniales, ella no tiene derecho a la herencia.
Consideran los sentenciadores que las Capitulaciones Matrimoniales no ponen fin a la vida en común de los cónyuges, solamente se refiere a los bienes, mientras que el artículo 831 requiere la separación de cuerpos por sentencia ejecutoriada, en separación de bienes y de cuerpos conjuntamente por mutuo consentimiento para que la viuda quede excluida de la herencia.
En relación con el artículo 883 del Código Civil, priva a la cónyuge separada legalmente de bienes de la legitimada, esto no incluye en su condición de heredera legal, pues este artículo se refiere únicamente a la legítima, que es una cuota de la herencia, equivalente a la mitad de sus respectivo derechos, según lo dispone el artículo 884 *ejusdem*, que algunos herederos tienen la plena propiedad, de la cual no pueden ser desheredados, que sólo tendrá importancia en las herencias testadas en la cual se le hubiera desheredado de esa cuota, que no sucedió, sino que se trata de una herencia *ab ntestato*, y por qué no sucedió, sino que se trata de una herencia *ab ntestato*, y por consiguiente la cualidad de heredero se deriva de los artículo que regulan el orden de suceder, que en este caso es el artículo 824 del Código Civil.
También alegan los apoderados de la demandada el contenido en la Cláusula Sexta del Contrato de las Capitulaciones Matrimoniales que dice: "Ambos otorgantes declaran estar en conformidad con lo que dispone el artículo 883 del Código Civil. Al contraer matrimonio bajo el régimen de bienes establecido en las Capitulaciones no seremos herederos legitimarios el uno del otro, toda vez que estaremos total y legalmente separados de bienes".
Esta cláusula sería nula por disposición del artículo 142 del Código Civil que prohíbe a los esposos hacer pactos sobre sucesión hereditaria bajo pena de nulidad, y por otra parte la legítima que establece el artículo 883 del Código Civil, es una cuota de la herencia, y ella de (Sic) refiere a ciertos herederos, pero no debe confundirse tener derecho a la legítima, con el derecho puro y simple de ser heredero legal, con o sin legítima, pues el tribunal considera que puede la cónyuge no tener la condición de legitimaria, y ser heredera legal, o ser heredera pura o simple, si el causante falleció *ab intestato*, como sucedió en el presente caso, en que la actora es heredera legal, por disposición del artículo 824 del Código Civil y, en consecuencia, no procede la excepción de falta de cualidad de la actora alegada por la demandada, y así se decide...". Y posteriormente ratifica la Sala: "...En atención a la denuncia de falta de aplicación del artículo 141 del Código Civil, es oportuno señalar que no dejó el *ad quem* de aplicarlo, ya que justamente, tomando en cuenta el hecho de que entre los cónyuges se habían celebrado las capitulaciones matrimoniales, estableció que ellas sólo excluían la posibilidad de tener la condición de heredera legitimaria, mas de ninguna manera el contrato contenido en las referidas capitulaciones podría contrariar el espíritu de la ley, pues de ser así debían reputarse nulas, en acatamiento a lo prescrito por el artículo 142 del Código Civil, lo que, por vía de consecuencia conlleva a declarar improcedente la denuncia bajo análisis. Así se decide...".

nomía de la voluntad respecto de derechos irrenunciables aplican –como es natural– a las convenciones o capitulaciones matrimoniales.

La misma consideración sobre el alcance de las capitulaciones vale para otras situaciones jurídicas. Verbigracia: la posibilidad de ser tutor de derecho del cónyuge entredicho. Esto es, la existencia de capitulaciones matrimoniales obviamente *no* excluye la delación legal del cónyuge del entredicho como primero en ser llamado en su protección. De conformidad con el artículo 398 CC "*El cónyuge mayor de edad y* ***no separado legalmente de bienes*** *es de derecho tutor de su cónyuge entredicho*..."[59]. Dado que las capitulaciones **no** se asimilan a una separación judicial de bienes, el cónyuge del entredicho es indiscutiblemente su tutor de derecho, esto es, el primer llamado por la ley para ser tutor[60]. Por otra parte, tal es la importancia de la **delación**[61] que ésta constituye materia de *orden público*[62]. Esto es lógico porque el tutor no sólo sume funciones de administración y representación, sino el cuidado de la persona del incapaz, y ciertamente el directamente obligado a velar por los intereses del entredicho, es quien hace vida matrimonial con él. La acertada disposición de la ley pretende evitar conflictos de intereses ante la posibilidad de que un tercero distinto al cónyuge en su condición de tutor tome decisiones personales con incidencia directa en el vínculo conyugal como es el caso del lugar de residencia del enfermo mental, el suministro del tratamiento médico, cuidado personal, etc.[63].

[59] Destacado nuestro.
[60] Ciertamente, la existencia de capitulaciones, no podría hacer cesar la delación legítima a favor del cónyuge en razón del sentido lógico que inspira la institución; la separación de bienes que excluye dicha posibilidad ha de ser ciertamente la judicial, ya sea esta contenciosa o voluntaria.
[61] Esto es, la forma de determinar los cargos tutelares.
[62] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La delación en los regímenes de incapaces*. En: *Studia Iuris Civilis*. Homenaje a Gert F. Hummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 181.
[63] Véase sobre el carácter imperativo de la delación del cargo de tutor a favor del cónyuge del entredicho: Domínguez Guillén, *La delación...,* pp. 188 y 189. Se aprecia así que si el entredicho se encuentra casado la ley es clara, en el sentido, de establecer que su cónyuge es el tutor de derecho, el primero llamado por ley a los fines de detentar el órgano ejecutivo a nivel tutelar. Pensamos que tal delación tiene su fundamento o justificación en que el cónyuge del incapaz es la persona que por naturaleza debe cuidar su persona y sus bienes, de tal suerte que la intervención de un tercero en contra del llamado por antonomasia a tal actividad podría generar serios inconvenientes desde el punto de vista práctico. De allí que a nuestro criterio el legislador fue sabio en darle preeminencia en la delación legítima al cónyuge del incapaz. A falta de cónyuge, uno de los progenitores del incapaz asumirá la tutela con la aprobación del juez, lo que se presenta como una delación legítima pero a su vez subsidiaria respecto de la delación a favor del cónyuge. No por ello, tal delación deja de ser legítima o legal".

En tal sentido se pronunció acertadamente una decisión de instancia: "En razón de que las capitulaciones en modo alguno se asimilan a una separación de bienes, el cónyuge es indiscutiblemente el tutor de derecho, esto es, el primer llamado por la ley para ser tutor del entredicho por aplicación del artículo 398 del Código Civil"[64].

Y al efecto indica López Herrera que las convenciones matrimoniales no pueden alterar normas legales de orden público entre las que cita las relativas a la tutela[65] o la obligación de alimentos como parte del deber de socorro, de conformidad con el artículo 139 del CC[66].

Esto pues insistimos en que las capitulaciones matrimoniales no pueden asimilarse a una separación judicial de bienes dando lugar a los efectos y excepciones que tal separación contenciosa o voluntaria suponen. Por otra parte, dada la limitación de derechos, que apareja la separación judicial de bienes, las normas que se refieran a ésta son de interpretación estricta por lo que no cabe extender sus efectos –sin previsión expresa de ley– a las capitulaciones matrimoniales. De tal forma que una cosa es casarse con capitulaciones matrimoniales y otra distinta es

[64] Véase: Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 14-7-08, Exp. 2007-14345, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/2121-14-14345-.html agrega "En el caso que nos ocupa, por no existir separación de bienes entre el entredicho y su cónyuge ciudadana..., a ésta por imperativo de ley, le corresponde ser tutor de aquél. Ello es natural si se piensa que el Tutor ejerce no sólo funciones de administración y representación, sino el cuidado de la persona del incapaz. Y sin lugar a dudas, el llamado en primer término a velar por los intereses del entredicho, es quien ha hecho en el presente caso vida matrimonial con él, incluso desde el inicio de su enfermedad. La disposición de la ley es sabia, pues lo contrario propiciaría conflictos de intereses y situaciones contradictorias ante la posibilidad de que un tercero, distinto al cónyuge, en su condición de tutor tome decisiones personales con incidencia directa en el vínculo conyugal... Por otra parte, la "delación" o forma de determinar los titulares de los cargos tutelares es de estricto "orden público", por lo que no está dado a los terceros ni al juzgador variar la designación que imperativamente hace la ley en lo atinente a la determinación del cargo de Tutor, esto en aras al mejor desenvolvimiento de la tutela. De tal suerte, que la designación del tutor no está sujeta a la voluntad de los particulares, aun cuando éstos sean familiares; su intervención sólo encuentra aplicación cuando se cumple el orden subsidiario que la ley prevé al efecto".

[65] López Herrera, *Derecho...,* p. 494.

[66] *Ídem*, nota 2. Véase en el mismo sentido: Serrano García, José Antonio: *Régimen económico matrimonial y viudedad,* www.unizar.es/derecho/derecho_aragones/progcivil/Temas/LremIJAS.doc, "La TC Sala 2ª, S 45/1989 de 20 Febrero 1989 dice que la libertad de capitulaciones no puede dispensar a los esposos del deber de socorro mutuo ni de contribuir a los gastos comunes".

la separación judicial de bienes como figura que denota un eventual conflicto de la relación matrimonial; si la primera generase las mismas limitaciones jurídicas no tendría sentido útil el vínculo matrimonial. Al efecto, indica la jurisprudencia en forma acertada: "el tribunal no comparte el criterio de que las capitulaciones constituyan *prima facie* una separación de bienes, dando lugar a todos los efectos y excepciones que tal separación contenciosa o voluntaria suponen. Las capitulaciones matrimoniales constituyen simplemente una forma voluntaria o contractual de variar el régimen patrimonial supletorio del matrimonio ... Así, desde el punto de vista lógico, se hacen capitulaciones para precaver un divorcio con el consabido conflicto sobre los bienes, pero pretender que el cónyuge no herede nada en caso de muerte o esté excluido como tutor es, por decirlo, impropio"[67]. Consideraciones de simple lógica nos permiten pronunciarnos en este sentido[68].

De allí que pensamos que los efectos y beneficios que impone la ley en razón del matrimonio no pueden ser desconocidos por la simple circunstancia de haber celebrado capitulaciones matrimoniales. Lo contrario precisaría de una disposición expresa, que aún así, dejaría la puerta abierta a su desaplicación[69], porque la justicia y la unidad que emanan de la unión matrimonial son independientes de la celebración de capitulaciones como manifestación de la autonomía de la voluntad.

Las ideas expuestas, naturalmente son válidas también para otras figuras o instituciones legales[70] que tampoco resultan afectadas por la circunstancia de haber celebrado capitulaciones matrimoniales, pues el matrimonio supone normas o principios imperativos independientemente del régimen legal patrimonial existente (ya sea convencional o suple-

---

[67] Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 14-7-08, Exp. 2007-14345, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/2121-14-14345-.html

[68] Y por eso insistimos cabría preguntarse: ¿Es lógico que si existen capitulaciones que pretenden precaver un divorcio, situación completamente distinta a la sucesión hereditaria, en caso de muerte de un cónyuge se pretenda llegar a la misma conclusión?

[69] Por vía del control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y 334, 1° aparte de la Constitución.

[70] Como es la posibilidad del cónyuge de solicitar la incapacitación o la declaración de ausencia, así como la posibilidad de ejercer la representación del presunto ausente (artículo 419 CC, la norma indica: "...para el nombramiento del representante se preferirá al cónyuge no separado legalmente, salvo motivos graves que apreciará el Juez". (Destacado nuestro).

torio). En conclusión, a riesgo de que pareciera obvio aclararlo, creemos y cabe reiterar que las capitulaciones matrimoniales *no* se asimilan en sus efectos jurídicos a una separación judicial de bienes.

3. LA COMUNIDAD CONYUGAL[71]

3.1 *NOCIÓN Y CARACTERES*

La comunidad conyugal constituye el régimen legal supletorio patrimonial al que los cónyuges se atienen de no haber pactado capitulaciones matrimoniales. Es el régimen que en el ordenamiento venezolano opera por efecto de la ley en defecto de regulación pactada por las partes, y en virtud del cual son comunes en principio las ganancias o bienes obtenidos durante la vigencia del matrimonio.

Al efecto prevé el artículo 148 del CC:

> Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante la vigencia del matrimonio.

Se deriva así que por efecto del régimen supletorio de la comunidad conyugal o comunidad de gananciales, son bienes comunes los que así disponga la ley durante el matrimonio. Si los esposos no fueron capaces de celebrar libremente capitulaciones matrimoniales antes de la

---

[71] Véase: Bocaranda, *El régimen...*, pp. 25 y ss.; García de Astorga, Amarilis: *Administración de la comunidad conyugal en el Derecho Positivo Venezolano (Parte I)*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 81,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 321-400; García de Astorga, Amarilis: *Administración de la comunidad conyugal en el Derecho Positivo Venezolano (Parte II).* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 81,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, Nº 82, pp. 273-385; García de Astorga, Amarilis: *Administración de la comunidad conyugal en el Derecho Positivo Venezolano.* Caracas, edit. Pierre Tapia, 1991; Mélich Orsini, José: *El Régimen de los bienes en el matrimonio y la reforma del Código Civil de 1982.* En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Católica "Andrés Bello", Caracas, julio 1985, Nº 34, pp. 229-295; Borjas, Leopoldo: *Régimen Patrimonial según el nuevo Código Civil.* En: Revista de Derecho Privado. Caracas, enero-marzo 1983, Nº 1, Año 1, pp. 5-32; García de Astorga, Amarilis: *Evolución de la normativa jurídica que regula la participación de la mujer en la administración de la comunidad conyugal.* En: *Revista de Derecho Privado,* Caracas, enero-marzo 1983, Nº 1, Año 1, pp. 37-71; Govea, Luis Guillermo: *Las Operaciones Bancarias ante el Régimen de Bienes de la Comunidad Conyugal.* En: *Revista de Derecho Mercantil.* Maracaibo, 1987, Año II, Nº 4, pp. 15-56.

celebración del matrimonio, los bienes propios de los mismos y los bienes que se obtengan durante el matrimonio se regirán en lo sucesivo por el régimen de la comunidad legal, en donde la voluntad de los esposos tiene poco qué decir[72]. Si los futuros cónyuges no hicieron uso de la facultad que la ley le otorga, su silencio viene a ser suplido por el ordenamiento[73]. Es decir, una vez celebrado el matrimonio se perdió la oportunidad de discutir y pactar todo lo relativo al régimen patrimonial matrimonial, pues según indicamos las capitulaciones son previas al vínculo matrimonial. Así la jurisprudencia ha reiterado que ante la ausencia de capitulaciones opera el régimen legal supletorio o comunidad de gananciales[74].

---

[72] D'Jesus, *Ob. Cit.*, p. 62.

[73] García de Astorga, *Administración...,* N° 82, p. 276.

[74] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 6-7-05, Exp. N° 054114, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/1191-6-05-4114-253.html "Capitulaciones Matrimoniales", hace que la Ley actúe como ente supletorio de la voluntad no expresada por las partes, e imponga el régimen de comunidad de gananciales para la pareja. En realidad la Ley hace una presunción jure *et de jure*, que no admite prueba en contrario, de que los contrayentes no desearon disponer un régimen económico para su unión matrimonial, diferente al de los gananciales, que implica dividir entre ambos, a partes iguales, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio, así como las pérdidas que sufra la comunidad (*omissis*) ... si no hubiere convención en contrario, es decir, si no hubieren optado al régimen de capitulaciones matrimoniales, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio... De lo anterior se desprende que, no habiendo un régimen de capitulaciones matrimoniales entre las partes actuantes en el presente proceso, y de acuerdo con la norma, debe partirse la comunidad en un cincuenta por ciento (50%); Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 9-1-06, ASUNTO N°: BP12-R-2004-000190, http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/1071-9-BP12-R-2005-000190-BP12-R-2005-000190.html, "no hubo capitulaciones matrimoniales, es decir, no operó la separación de los bienes comunes, y simplemente al contraer matrimonio sin las citadas capitulaciones opera de pleno derecho el principio de comunidad de bienes o comunidad de gananciales habidas en el matrimonio"; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 6-3-07, Exp. 9.473. http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/725-6-9473-.html Artículo 148 del Código Civil venezolano vigente establece: "...significa que una vez celebrado el matrimonio, corresponda a los cónyuges la celebración de convenciones atinentes al régimen patrimonial, lo que quiso decir el legislador con la expresión si no hubiere convención en contrario, es que en el supuesto que no hubiese habido la celebración de capitulaciones matrimoniales, irremisiblemente las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio, serán comunes. ...Disposición no solamente se limita a consagrar el principio de la comunidad de bienes gananciales, también consagra que el producto ganancial obtenido pertenece en un cincuenta por ciento al hombre y en cincuenta por ciento a la mujer. El solo hecho de contraer matrimonio en ausencia de convención especial prematrimonial determina el surgimiento de este principio

Así pues, la distribución de los bienes comunes y los bienes propios la realiza el legislador de conformidad con las normas de los artículos 151 y siguiente del Código Sustantivo. Por otra parte, la vigencia de la comunidad es absolutamente paralela o coetánea al vínculo matrimonial, de tal suerte que dura lo mismo que éste. Así dispone el artículo 149 del CC: "Esta comunidad de los bienes gananciales comienza precisamente el día de la celebración del matrimonio; cualquier estipulación contraria será nula". La comunidad conyugal comienza el día de celebración[75] y se extiende hasta el día de su extinción o antes en los casos en que expresamente lo dispone la ley, lo que se evidencia del artículo 173 *eiusdem* que dispone:

> La comunidad de los bienes en el matrimonio se extingue por el hecho de disolverse éste o cuando se le declare nulo. En este último caso, el cónyuge que hubiere obrado con mala fe no tendrá parte en los gananciales.
>
> Si hubiere mala fe de parte de ambos cónyuges, los gananciales corresponderán a los hijos, y sólo en defecto de éstos, a los contrayentes.
>
> También se disuelve la comunidad por la ausencia declarada y por la quiebra de uno de los cónyuges, y por la separación judicial de bienes, en los casos autorizados por este Código.
>
> Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190.

---

bifronte: el de la COMUNIDAD DE GANANCIALES y el de que tal comunidad es de por mitad para cada cónyuge. Abstenerse de reconocer ... de los cónyuges este porcentaje debido, constituye la violación al principios de la comunidad de gananciales..."; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 2-7-07, Exp. BP02-R-2004-001618 http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2007/julio/1038-2-BP02-R-2004-001618-1513.html "entre marido y mujer son comunes de por mitad las ganancia o beneficios que se obtengan durante el matrimonio, siempre que no exista entre ellos convención en contrario, refiriéndose con esto a las estipulaciones prematrimoniales celebradas conforme a instrumento público como serían las capitulaciones matrimoniales".

[75] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y Protección al Niño y al Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 22-3-07, Exp. N° 6144-07, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/350-22-6144-07-14.html "la comunidad patrimonial conyugal, se inicia con la celebración del matrimonio y existe un régimen de bienes independientes de esa comunidad, que son los bienes propios de cada cónyuge, entre los cuales figuran los adquiridos con anterioridad"

De la norma se deriva el carácter taxativo de las causas de disolución de la comunidad conyugal[76]. Al extinguirse el matrimonio (muerte o divorcio) la misma suerte corre la comunidad de gananciales; la nulidad si bien no se asimila al divorcio o la muerte tiene un efecto similar. También vale agregar los supuestos excepcionales que prevé la ley de disolución de la comunidad conyugal sin extinción del matrimonio que tienen lugar por ausencia declarada, quiebra y separación judicial de bienes.

El artículo 150 *eiusdem* señala que "la comunidad de bienes entre los cónyuges se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo determinado en este capítulo". La diferencia entre sociedad y comunidad es que en la primera las partes convienen con contribución con la propiedad de las cosas suyas a la realización de un fin económico común (art. 1649 CC) en tanto que en la segunda falta ese propósito[77]; en la primera rige el principio de la autonomía de la voluntad en tanto que en el régimen legal supletorio de la comunidad conyugal predomina en principio el orden público[78]. Se discute la validez de sociedades entre cónyuges[79]. La comunidad conyugal se rige por reglas especiales y no por las de la comunidad ordinaria, los cónyuges estarán con comunidad ordinaria cuando aquella se extinga; la aplicación de las

[76] Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 158 del 22-6-01, "Estas causales no dependen de la voluntad de los cónyuges; son causales objetivas, legales y taxativas. Por tanto, es nula toda disolución y liquidación de la comunidad de bienes que sea expresión de la voluntad de los cónyuges, salvo que ella se formule sustentada en la separación de cuerpos, tal como lo señala expresamente el mencionado artículo 173".

[77] Borjas, *Ob. Cit.*, pp. 12 y 13.

[78] García de Astorga, *Administración...*, edit. Pierre Tapia, pp. 116 y 117. Véase también: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 11-5-06, Exp. Nº 9343, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/725-11-9343-.html "...Esta definición ha sido criticada porque viene a equiparar la sociedad conyugal con la sociedad de gananciales, y si bien es cierto que están íntimamente relacionadas al punto que de no existir sociedad conyugal no existiría sociedad de gananciales, se diferencian lógicamente en que la sociedad de gananciales sólo regula el aspecto económico o patrimonial de la sociedad conyugal, mientras que esta comprende también las relaciones personales".

[79] Véase: Hernández de Sojo-Bianco: Milagros: *Validez de sociedades mercantiles entre cónyuges*. En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, pp. 395-402; Guerrero Quintero, Gilberto: *Sociedades mercantiles familiares*. En: *I Congreso Venezolano de Derecho de Familia.* Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 73-93.

reglas del contrato de sociedad en materia de comunidad es estrictamente supletoria, a tenor del citado artículo 150 CC. Regla para algunos que por lo esporádica y por la especialidad de la comunidad, resulta casi inoficiosa y no dejaría de ser conveniente su eliminación[80].

De lo indicado cabe deducir algunos caracteres de la comunidad conyugal, a saber, constituye el régimen legal supletorio si los cónyuges no han dispuesto otros, comienza el día de la celebración del matrimonio y se extingue al extinguirse éste o en los supuestos taxativos en que dispone la ley; los bienes comunes generalmente están conformados por los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, al margen del origen o esfuerzo personal de cada esposo. A lo anterior, la doctrina acota que sólo puede darse entre cónyuges y se rige por la ley y no por la voluntad de éstos; está destinada a satisfacer las necesidades económicas del matrimonio[81]. La doctrina también señala algunos principios relativos a la comunidad conyugal matrimonial, a los bienes de los cónyuges, a su administración y a la disolución y liquidación de la comunidad[82]. Como principios relativos a la comunidad se indica: *1.- El derivado de la naturaleza de la comunidad de gananciales* según el cual las adquisiciones a título oneroso constituyen bienes comunes, en tanto que las adquisiciones a título gratuito son bienes propios; *2.- El principio de la subrogación real*, por el cual los bienes adquiridos durante el matrimonio en sustitución de otros adquieren la misma condición del bien sustituido, lo que aplica tanto respecto de bienes propios como de bienes comunes; *3.- La presunción legal favorable a la comunidad de gananciales,* pues por aplicación del artículo 164 CC se presumen comunes los bienes habidos en la comunidad mientras no se pruebe lo contrario[83].

El régimen legal supletorio o comunidad conyugal está conformado por un conjunto de bienes o derechos que la ley califica como integrantes de dicha comunidad. Es decir, se deberá atender a la clasificación que hace

---

[80] Véase: Barrios Guzmán, Pedro: *Régimen de los bienes en el matrimonio*. Caracas, Tesis de grado, Universidad Central de Venezuela, 1947, pp. 17 y 18 (citado por CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 141 al 164, *Ob. Cit.*, p. 209).
[81] D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 63.
[82] Véase: Bocaranda, *El Régimen...,* pp. 13 y 14. Véase: *Ibíd.*, pp. 25-39.
[83] Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 237 y 238.

el Legislador respecto a la distinción entre bienes comunes, bienes propios y cargas de la comunidad, para precisar a ciencia cierta cuál constituirá el activo de la comunidad conyugal.

3.2 *BIENES DE LA COMUNIDAD*

Según acabamos de indicar, los bienes comunes están en principio conformados por los adquiridos a título oneroso conjunta o separadamente por los cónyuges durante el matrimonio.

Estos **bienes comunes** están precisados en el artículo 156 del CC[84]:

1° Los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio, a costa del caudal común, bien se haga la adquisición a nombre de la comunidad o al de uno de los cónyuges (156, ord. 1° CC).

Regla clara –que a decir de López Herrera– no amerita mayores comentarios[85]. Si los bienes adquiridos a título gratuito o no lucrativo (como herencia, donación o legado) a tenor del artículo 151 CC constituyen bienes propios, es natural que por contrapartida se estableciera que los bienes adquiridos a título oneroso, es decir, que suponen una erogación del adquirente forman parte de la comunidad. Se aclara expresamente tal procedencia aun en casos de adquisición a nombre de uno sólo de los cónyuges; la adquisición a nombre individual es indiferente a la ley, pues igualmente el bien será de la comunidad conyugal. Con ello se garantiza la plenitud de la comunidad.

Las ganancias obtenidas en razón de juegos de envite y azar, apuestas, loterías, rifas, etc., son de la comunidad si la adquisición tuvo lugar con dinero común[86], pues se trata de contratos onerosos, aunque aleatorios, por lo que no cabe calificarlos como simplemente lucrativos[87].

---

[84] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 9-5-08, Nº 4930, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/1532-9-4930-1294.html
[85] López Herrera, *Derecho...*, T. II, p. 50.
[86] Véase: García de Astorga, *Administración...,* N° 82, pp. 286 y 287.
[87] López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 50.

Puede suceder que la adquisición a título oneroso tenga lugar con bienes propios del cónyuge o con una porción de éstos; en tal caso, rige la presunción de gananciales del artículo 164 CC si no se consideró la previsión del artículo 152, ord. 7° según el cual se debe hacer constar tal procedencia y que la adquisición ha sido hecha para sí, y la misma consideración valdría respecto de la porción respectiva.

2° Los obtenidos por industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo de alguno de los contrayentes. (156, ord. 2° CC).

En el mismo sentido de lo anterior los bienes o ingresos percibidos en razón del trabajo se adquieren a título oneroso como contraprestación a la actividad laboral. La mayor parte de los ingresos de una persona o al menos de una porción sustancial de los mismos viene dado por lo que se percibe en razón del trabajo. Como tal actividad que consume buena parte de nuestras vidas se nutre del apoyo común y del mantenimiento que ambos esposos conceden al hogar que comparten, el legislador ha considerado justamente que esto se configura como un bien de la comunidad. De tal suerte que poco importa como es obvio que uno de los cónyuges no haya obtenidos ingresos materiales que ingresaren a la comunidad, pues lo que perciba uno de los esposos constituye un bien común, así como lo que perciban ambos. La discusión sobre el sentido de colaboración de cada uno de los cónyuges en el haber de la comunidad es un elemento ajeno al Derecho, pues la normas en estudio existen para evitar eternas discusiones que pueden acontecer a la hora de la disolución del vínculo matrimonial.

Es de indicar que en este rubro ha de incluirse todo lo percibido por razón del trabajo además del sueldo, tales como prestaciones sociales, bonificaciones, indemnizaciones, premios en razón de la profesión, ahorros, etc.[88] Para algunos podrían incluirse en la expresión "industria" que supone un resultado, las adquisiciones derivadas de otras causas como prescripción adquisitiva o usucapión que no justifiquen una pose-

[88] Véase: García de Astorga, Amarilis: *Las prestaciones laborales: su proyección en la comunidad conyugal.* En: *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001, T. I, pp. 309-330.

sión exclusiva[89]. Dispone el artículo 34 de la Ley sobre Derecho de Autor que el derecho de autor corresponde –como es natural– al creador de la obra, por lo que está excluido de la comunidad[90], pero ello es distinto a los proventos[91] derivados de la explotación de dicha obra, los cuales son bienes comunes[92] como aclara el artículo 35 *eiusdem*[93]. Lo cual es lógico porque de lo contrario si el principal ingreso del cónyuge fuese producto de la actividad intelectual se estaría vaciando de contenido su aporte en la comunidad[94]. De allí que deba distinguirse entre el derecho de autor que es exclusivo del cónyuge (como manifestación personalísima del ingenio) y por ende un bien propio de éste, y las ganancias derivadas de su explotación durante la vigencia de la comunidad, la cual constituye un bien común, aunque de administración individual.

Los bienes en razón del oficio, deben haber sido causados durante la vigencia de la comunidad, de tal suerte que lo determinante no será el momento en que se percibe el pago sino si el trabajo que lo causó tuvo lugar durante la existencia de la comunidad de gananciales. De tal suerte que podrán existir ingresos o pagos posteriores a la extinción de la comunidad que formen parte de ésta en razón del oficio[95] por haberse

---

[89] Véase: García de Astorga. *Administración...,* Nº 82, p. 289.
[90] Dispone la norma: "No obstante cualquier cláusula en contrario de las capitulaciones matrimoniales, el derecho de autor corresponde exclusivamente al cónyuge autor o derechohabiente del autor. En caso de comunidad legal de bienes, el cónyuge titular del derecho podrá administrarlo y disponer de él sin las limitaciones del artículo 154 del Código Civil. Sin embargo, a la muerte del cónyuge autor, siempre que el otro cónyuge lo sobreviva, los derechos de autor sobre las obras creadas durante el matrimonio, se incluirán dentro de los bienes comunes a los efectos de la liquidación de la comunidad legal de bienes que entre ellos existiere. Las disposiciones de esta ley, referentes a los derechohabientes del autor, son aplicables al cónyuge respecto de su participación en estos bienes comunes".
[91] Esto es el producto, renta o ganancias.
[92] García de Astorga. *Administración...,* Nº 82, p. 289 p. 300.
[93] Que prevé: "En el régimen de la comunidad legal de bienes, los proventos derivados de la explotación de una obra del ingenio obtenidos durante el matrimonio, directamente o mediante la cesión de los derechos de explotación, son bienes de la comunidad, pero su administración corresponde exclusivamente al cónyuge autor o derechohabiente del autor".
[94] Véase: García de Astorga, *Las prestaciones...,* pp. 326 y 327.
[95] Véase: Tinendo Fernández, Gladis: *Enfoque socio-jurídico de la situación de la mujer en la familia*. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia* N° 64. Maracaibo, julio-diciembre 1985, p. 109, lo indispensable es la actividad se haya realizado durante el matrimonio no importa cual sea la fecha de pago.

generado durante su vigencia. Se precisará delimitar la porción correspondiente en tal caso[96].

Aplica igualmente el principio de la subrogación en virtud del cual también serán de la comunidad los bienes que se subroguen a los percibidos en razón del trabajo. Así todo lo que se adquiera con el producto del trabajo es de la comunidad. Es como se aprecia, la fuente de adquisición más común o cotidiana de la comunidad de gananciales.

3° Los frutos, rentas o intereses[97] devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o los peculiares de cada uno de los cónyuges. (156, ord 3° CC).

Tanto respecto de los bienes comunes como de los bienes propios, los "frutos, rentas o intereses", que sean "devengados"[98] durante la vigencia de la comunidad conyugal[99] pertenecen a ésta. Se aprecia la misma idea de los casos anteriores pues son adquisiciones a título oneroso, y así si los ahorros derivados del trabajo son bienes comunes, pues los intereses y ganancias que se deriven de ellos también lo son, así como también los cánones de arrendamiento. En el caso del producto de los bienes comunes es obvio y natural que así sea porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal; en el supuesto del producto de los bienes propios, no se aplica tal regla sino que el legislador suponemos que orientado porque el cuidado de los bienes propios supone del soporte común,

---

[96] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 9-5-08, Nº 4930, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/1532-9-4930-1294.html "por que sí la actividad del cónyuge no ha finalizado al momento de fenecer el Matrimonio o la Comunidad Conyugal, debe hacerse un corte diacrónico y extraer de él, el lapso donde inició y feneció la relación marital, por cuanto, si en ese lapso estuvo vigente la relación laboral del cónyuge (demandado o demandante), las prestaciones derivadas de esta pertenecen a la comunidad y le corresponden de por mitades a los cónyuges, no correspondiéndole lo generado antes o después de fenecida la Comunidad Conyugal Patrimonial. Así se declara".

[97] Véase: D'Jesus, *Ob. Cit.*, p. 65, el fruto lo produce la cosa periódicamente a diferencia del producto que no es periódico y los intereses son frutos civiles que pueden ser legales o moratorios.

[98] Véase: García de Astorga. *Administración...,* Nº 82, p. 293.

[99] La norma se refiere impropiamente "durante la vigencia del matrimonio", siendo que éste pudiera no coincidir con aquélla en los supuestos de extinción de la comunidad donde subsiste el matrimonio.

consagró la regla bajo análisis. Lo que en opinión de algunos provoca una relativa paralización de los patrimonios particulares[100].

A lo anterior debe agregarse:

4° Las donaciones hechas con ocasión del matrimonio (161 CC).

El artículo 161 CC que dispone: "Los bienes donados o prometidos a uno de los cónyuges, por razón del matrimonio, aun antes de su celebración, son de la comunidad, a menos que el donante manifieste lo contrario"[101]. La presente norma constituye una excepción al carácter de bien propio que tienen en principio las adquisiciones a título gratuito.

5° La plusvalía de los bienes propios en razón del caudal común (163 CC).

El artículo 163 CC señala: "El aumento de valor por mejoras hechos en los bienes propios de los cónyuges, con dinero de la comunidad, o por industria de los cónyuges, pertenece a la comunidad". La justicia[102] o la causalidad[103] es la explicación que le encuentra la doctrina a esta disposición, si el bien propio ha aumentado su valor a costa del caudal común. Se aclara que se trata de la plusvalía o aumento de valor derivado del caudal común porque la plusvalía propiamente dicha de los bienes

---

[100] Véase: Barrios Guzmán, *Ob. Cit.*, p. 22, que agrega: "por tal circunstancia no progresan con el mismo ritmo que se fomenta el caudal común". (Citado en CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Arts. 141 al 164, *Ob. Cit.*, p. 365).

[101] El donante está obligado a saneamiento desde que debió hacerse la entrega y a falta de plazo desde la fecha de celebración del matrimonio, de conformidad con el artículo 162 CC. Véase: Granadillo, *Ob. Cit.*, pp. 213 y 214, constituye una excepción a la irresponsabilidad del donante por saneamiento por vicios ocultos (art. 1458 CC) por tratarse de una liberalidad. Ello a objeto de hacer más sólida la liberalidad y fin de que quien done por matrimonio se sienta más obligado.

[102] Véase: Mendoza, José Rafael: *El Derecho de Familia visto por un Juez.* Caracas-Valencia, Vadell Hermanos Editores C.A., 3ª edic., 1995, p. 46, esta innovación cierra la posibilidad de resolver con justicia casos como el que nos tocó conocer de un señor que compró una finca por un millón de bolívares y después de años de matrimonio negó los gananciales a su esposa por haberla adquirido antes del matrimonio con perjuicio de cinco años de colaboración, por lo que lo justo era asignar una participación proporcional en la plusvalía, aunque yo le asigné en esa oportunidad la mitad de gananciales y lo aceptaron, aunque el nuevo Código no permite adoptar esa decisión: Domínici, *Ob. Cit.*, T. III, p. 283, no es justo que el cónyuge propietario se enriquezca sólo con valores que pertenecían a la sociedad o con la industria del otro; Ramírez, *Ob. Cit.*, p. 195.

[103] Véase: Granadillo, *Ob. Cit.*, p. 216.

propios –según aclara López Herrera corresponde al respectivo propietario, pues se trata de una adquisición lucrativa[104]. Así pues, la plusvalía del bien individual constituye un bien propio[105], pues la que constituye un bien de la comunidad es la derivada de mejoras hechas a costa del caudal común.

Se podrían generar inconvenientes prácticos sobre la cuota de la plusvalía que corresponde a la comunidad en razón de las mejoras, que podrían ser dilucidados por vía de experticia.

6° Los frutos y pensiones de los veinte años de matrimonio en adelante y antes de tal fecha en los cuatro quintos (artículo 158 CC).

La norma comienza aclarando que "el derecho de usufructo o de pensión, forma parte de los bienes propios del cónyuge a quien pertenece" mas no así los frutos y pensiones en 4/5 antes de los veinte años de matrimonio y en su integridad después. Norma que también respondería a razones de equidad[106] para algunos y de allí su aumento cuando el vínculo matrimonio adquiere una duración considerable; y para otros carece de justificación que sólo puede explicarse en razón de un resabio histórico[107].

---

[104] López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 52.

[105] Véase: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 11-5-06, Exp. Nº 9343, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/725-11-9343-.html, "En este sentido, se entiende por plusvalía, el valor adquirido por las cosas existentes, en virtud de circunstancias ajenas a su propia naturaleza. Ahora bien, el artículo 151 del Código Civil, relativo a los bienes propios de los cónyuges, establece que los mismos están conformados por los bienes que pertenecen al marido y la mujer al tiempo de contraer matrimonio, y los que durante el mismo éstos adquieran por donación, herencia, legado o por cualquier otro título lucrativo. Asimismo establece que son también propios los bienes derivados de las accesiones naturales y de la plusvalía de dichos bienes, entre otros. En virtud de los razonamientos anteriores, este Sentenciador considera ajustada a derecho la decisión dictada en fecha 03 de mayo del año en curso, por el Juzgado *a quo*, en la cual se negaron las medidas de Prohibición de Enajenar y Gravar y Secuestro solicitadas por la accionante, por cuanto el inmueble en cuestión no forma parte de la comunidad de gananciales y en este sentido, tampoco la plusvalía del mismo, por cuanto esta última corresponde al propietario de dicho bien y no a la comunidad conyugal, por tratarse de una cosa accesoria, ajena a la propia naturaleza del bien, Y ASÍ SE DECIDE".

[106] Véase: Domínici, *Ob. Cit.*, pp. T. III, 281 y 282.

[107] López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 56.

Adicionalmente la ley consagra la presunción de gananciales en el artículo 164 CC[108], según la cual "Se presume que pertenecen a la comunidad todos los bienes existentes mientras no se pruebe que son propios de alguno de los cónyuges". Se trata de una presunción *iuris tamtum* de comunidad, es decir, que puede ser desvirtuada o admite prueba en contrario. Esta última tiene lugar, únicamente con la prueba de que se trata de un bien propio. De allí que se precisa prueba de que un bien es propio, es decir, que se ubica en los supuestos de los artículos 151, 152 o 153 CC, para desvirtuar la presunción de gananciales. Si se realizan adquisiciones con dinero propio durante el tiempo de vigencia de la comunidad para excluir dicho bien de la presunción e gananciales el artículo 152, ord 7 CC precisa que se haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición se hace para sí[109].

No cabe alegar consideraciones diferentes a la existencia de convenciones matrimoniales o que se trata de un bien propio, para desvirtuar la presunción de gananciales, como la no contribución en la adquisición[110].

---

[108] Véase: Castillo Amengual, Luis: *Estado jurídico sobre el matrimonio. Presunción de copropiedad de bienes*. En: *El profesional N° 108,* Yaracuy, pp. 231-239 (Citado por CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 141 al 164, *Ob. Cit.*, pp. 446 y 447).

[109] Véase *infra* N° IV.3.3.11.

[110] Véase: García de Astorga, *Las prestaciones laborales...,* pp. 325, "...la única prueba en contrario que procede a fin de excluir un bien de la presunción de gananciales es acreditar que se trata de un bien propio. No prevé la ley, la posibilidad de excluir un bien en base al alegato de no haber contribuido en su adquisición, pues la presunción de ganancialidad tiene su base en la unión matrimonial y es la proyección en el ámbito económico de sus efectos patrimoniales". Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 31-5-04, Exp. N° 16.367, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/mayo/723-31-16.367-.html se alega que "durante el tiempo que duró la unión conyugal los últimos quince (15) años de unión marital nunca trabajó. Por lo tanto no contribuyó a la adquisición de los bienes que se describen en la demanda de partición, todos los bienes señalados fueron adquiridos con el trabajo durante todos estos años por mi asistida la ciudadana ... durante la unión conyugal...", de modo pues que en la contestación la propia demandada asistida de abogado, confiesa que todos los bienes señalados en el libelo fueron adquiridos por ella durante la unión conyugal, y habiéndose formulado esa manifestación en las actas del expediente y ante el propio Juez de la causa, hace contra ella plena prueba de conformidad con lo establecido en el artículo 1401 del Código Civil, respecto de que todos los bienes indicados por el actor en el libelo, ciertamente pertenecen a la comunidad conyugal existente entre las partes, y así se declara"; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Msercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 9-5-08, Nº 4930, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/1532-9-4930-1294.html "...no verificándose de actas la existencia de capitulaciones matrimoniales establecidas previa a la celebración del matrimonio, existe una presunción *iuris tantum* de comunidad patrimonial de bienes habidos dentro del lapso en que permaneció incólume la

Es decir, la única forma de desvirtuar la citada presunción es probando que el bien es propio. El sentido de la norma por lo demás necesaria[111], es evitar dificultades y litigios[112] y responde a una valoración que subyace en nuestra legislación desde hace tiempo acerca del matrimonio según la cual todo lo que se hace bajo su signo ha de servir al desenvolvimiento y prosperidad de la vida conyugal y familiar[113]. "A falta de capitulaciones matrimoniales, el régimen de los bienes durante el matrimonio es la comunidad de bienes"[114], esto es, el régimen legal supletorio[115]. Pues como indicamos *supra*[116] una vez efectuado el matrimonio se perdió la oportunidad de celebrar capitulaciones matrimoniales y en tal caso, el orden jurídico impone un régimen legal para evitar discusiones estériles en base a criterio subjetivos. La procedencia del vigente régimen legal supletorio, una vez celebrado el matrimonio, no depende de la voluntad de los cónyuges.

Institución del Matrimonio entre las partes, conforme al artículo 164 de nuestro Código Civil, salvo que se verifique que los mismos fueron adquiridos previo a dicho matrimonio o que fueron adquiridos de las formas indicadas por la norma sustantiva civil para considerarlos propios de los cónyuges, aun durante el matrimonio.
En ese orden de ideas, se observa que la parte demandada en su escrito de contestación a la demandada, se limitó a negar, rechazar y contradecir lo alegado por la parte demandante, no haciendo oposición a la partición, ni discutió el carácter o cuota de los interesados, no obstante ello... siendo evidente que existió una comunidad conyugal, quedando por verificar la existencia de bienes y gananciales obtenidos durante tal período de tiempo. Así se precisa.
2º En ese mismo orden de ideas, él argumentó que esgrime la demandada en su particular SEGUNDO acerca de que cuando adquirió el vehículo se encontraban las partes separadas de hecho, carece de todo asidero jurídico... En lo que concierne al argumento contenido en el particular TERCERO de su escrito de contestación, acerca de que las prestaciones sociales le pertenecen únicamente a la demandante, en virtud de haber iniciado a prestar servicios en ..., antes de contraer nupcias con el demandante, agregando que el demandante nunca colaboró con la comunidad, ni con la pensión de alimentos de su hijo, aunado al hecho de que estaban separados de hecho desde el año 1998. Al respecto, yerra la demandada al considerar las Prestaciones Sociales causadas por su desempeño laboral como exentas y excluidas de la Comunidad Conyugal de Gananciales, por cuanto es clara la doctrina patria y la jurisprudencia al incluir dichos conceptos dentro de los devengados en conformidad con el numeral 2 del artículo 156 del Código Civil...".

[111] Véase: Sanojo, *Ob. Cit.*, p. 250, esta regla es de necesidad, pues mientras no tenga lugar tal prueba, no hay motivo para atribuir a este o aquel cónyuge los bienes existentes.

[112] Ramírez, *Ob. Cit.*, p. 195.

[113] Govea, *Ob. Cit.*, pp. 20 y 21.

[114] Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 31-5-06, Exp. Nº 7173-05, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/654-31-7173-05-294-06.html

[115] Sobre éste, véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 22-3-07. Exp. N° 6144-07 http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/350-22-6144-07-14.html

[116] Véase *supra* N° IV.2.1.

3.3 *BIENES PROPIOS*

Los bienes propios de cada uno de los cónyuges que no forman parte de la citada comunidad conyugal, son los indicados en el artículo 151 y siguientes del CC. Así son bienes propios:

1. Los que pertenecen a cada contrayente al tiempo de contraer matrimonio (artículo 151 CC).

Poco importa si los bienes anteriores al matrimonio se adquirieron a título gratuito u oneroso, al margen de tal distinción, los bienes pertenecientes a cada uno de los cónyuges al momento de la celebración del matrimonio seguirán siendo de cada uno de ellos.

Debe recordarse, sin embargo, que el aumento de valor de tales bienes a costa del caudal común es de la comunidad, mas no la plusvalía propia del bien ajena al aporte de la sociedad[117].

2. Los bienes que durante el matrimonio se adquieran por herencia, donación o legado o por cualquier otra causa a título lucrativo. (Artículo 151 CC).

Constituyen propiedad exclusiva e individual, los bienes que cada cónyuge perciba a título gratuito[118], tales como herencia, donación o legado, así como cualquier otro que se adquiera a título lucrativo, esto es, que no implique contraprestación alguno de su parte[119], como sería el caso de beneficios por estipulaciones a favor de terceros[120]. Así pues,

---

[117] Véase *supra* N° IV.3.2.

[118] La expresión título gratuito es equivalente o sinónimo de título lucrativo porque ambas denotan que se adquiere algo sin dar contra contraprestación.

[119] Véase: Fuenmayor, *Ob. Cit.*, p. 99, indica que según el diccionario, tíulo "lucrativo" es lo que produce utilidad o ganancia y que no encuentra una explicación satisfactoria de esta innovación "...cualquier otro título lucrativo" lo que comprende es lo que en la doctrina se conoce con el nombre de "empleo y reempleo" de los bienes propios. Véase: García de Astorga, *Administración...,* N° 82, p. 297, la doctrina considera que la adquisición a título "lucrativo", cuando se trata de un tipo de ingreso que no determina para el adquirente ningún pago o contraprestación.

[120] Véase igualmente: García de Astorga, *Administración...,* N° 82, p. 297, se incluye en las adquisiciones a título lucrativo los beneficios derivados de estipulaciones a favor de terceros (art. 1164 CC); López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 54, coloca como ejemplo la estipulación a favor de tercero o lo percibido por un seguro de vida.

por ejemplo, la donación que reciba un cónyuge durante el matrimonio es un bien propio, supuesto radicalmente distinto al de la donación con ocasión del matrimonio que salvo que el donante manifieste lo contrario constituye un bien común[121]. El artículo 153 CC señala en este sentido que los bienes donados o testados conjuntamente a los cónyuges con designación de partes determinadas, constituyen bienes propios en la proporción determinada por el donante, y a falta de designación se entiende hecho de por mitad[122].

Está permitida la donación entre cónyuges a tenor del art. 1451 CC, pues es de recordar que la prohibición existente es la relativa a la compraventa (1881 CC).

3. Los bienes derivados de las accesiones naturales y la plusvalía de dichos bienes (artículo 151 CC).

Si lo accesorio sigue la suerte de lo principal como principio de la accesión[123] es natural que ello aplique a las que acontezcan respecto de los bienes propios. La doctrina admite que ésta constituye una adquisición por vía lucrativa porque tiene lugar por efecto natural y sin contraprestación alguna.

Señalamos que la plusvalía o aumento de valor característico o inherente al bien propio, por vía de consecuencia es un bien propio[124] y ello lo extiende expresamente la norma respecto de la accesión. Recordemos que la única plusvalía correspondiente a la comunidad es la que tiene lugar por efecto de mejoras hechas a costa del caudal común[125].

4. Los tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los cónyuges (artículo 151 CC).

Los tesoros y las *res nulius* muebles constituyen cosas que se adquieren igualmente sin contraprestación, por el simple juego de la suerte o de las circunstancias. De lo cabe concluir que si tal forma de adquisi-

[121] Véase *supra* N° IV.3.2.
[122] Véase art. 760 CC.
[123] Véase sobre la acción: artículos 554 y ss del CC.
[124] Véase: DFMS7CM, Sent. 28-7-88, J.R.G., T. CV, pp. 90 y 91.
[125] Véase *supra* N° IV.3.2.

ción tuvo lugar individualmente, la cosa constituye un bien propio[126]. Si la adquisición o descubrimiento tuvo lugar en conjunto, el bien es común y cada quien será propietario de su respectiva cuota, pero no por aplicación de las normas de la comunidad conyugal.

López Herrera señala que si se trata de un buscador profesional de tesoros, los tales bienes son comunes en razón del artículo 156, ord 2 del CC[127]. Situación que además de discutible es poco probable, pues supondría que los únicos beneficios que ingresen a la comunidad en razón de la labor u oficio del cónyuge sean por descubrimientos voluntarios de tesoros, amén que es indiferente si se encuentra un tesoro por azar o porque se estaba buscando.

5. Enseres u objetos de uso personal o exclusivo, como vestidos, joyas, libros, etc. (artículo 151 CC).

Es natural que así como las cosas materiales de uso personal son inembargables o inejecutables[128] por su carácter personalísimo no obstante constituir bienes materiales, los bienes personales igualmente constituyan bienes propios o exclusivos. Sería contrario a la lógica que reclama un mínimo sentimiento de propiedad respecto de los bienes de uso personal como ropa, accesorios personales y libros. Se trata de bienes materiales que por otra parte no tendrán generalmente un sentido útil para el no propietario, lo que lo denota claramente el caso de la ropa. Los libros generalmente se poseen en razón del oficio, el cual es indispensable y mal podría quedar sujeto a los vaivenes de una partición. Creemos que los libros de adquisición y utilización conjunta porque los cónyuges comparten la misma profesión, difícilmente pueden ser calificados de bienes propios por lo que estarán en una suerte de comunidad ordinaria.

Algunos consideran que las joyas no deberían constituir bienes propios pues en razón de su valor pueden producirse situaciones poco equitati-

---

[126] Perera Planas no está de acuerdo con la presente inclusión como bien propio: "no creo que la ocasionalidad de un hallazgo, poco probable por demás, tratándose de un tesoro oculto o enterrado, pueda permitir la calificación de un bien como exclusivo (*Análisis...*, p. 90).
[127] López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 54.
[128] Véase art. 1929, ord 2 y 3 CC.

vas[129] y son adquisiciones superfluas[130]. Al margen de consideraciones ajenas al Derecho, la norma incluye como bien propio las joyas que ciertamente constituyen objetos personales; aunque algunos puedan ser suntuarios resultaría chocante someter artículos personales a la comunidad. De presentarse un caso excepcional donde la mayor parte de los bienes comunes se desviare en la adquisición de joyas de excesivo valor en perjuicio doloso de la comunidad conyugal, se podrán ejercer las acciones civiles a que hubiese lugar[131].

A los bienes anteriores debe agregarse que son bienes propios del respectivo cónyuge los adquiridos durante el matrimonio según el artículo 152 *eiusdem*:

6. Por permuta con otros bienes propios (artículo 152, ord 1° CC).

En virtud de la *subrogación*, los bienes que sustituyan a los bienes propios también son tales. Si la sustitución tiene lugar en razón de un contrato de permuta[132] el bien que sustituye al anterior será igualmente un bien propio.

7. Por derecho de retracto ejercido sobre un bien propio y con dinero de su patrimonio (artículo 152, ord 2° CC).

La doctrina aclara que se precisan dos condiciones para que el bien adquirido por derecho de retracto[133] sea considerado individual: que el bien rescatado perteneciera al esposo que ejerce el derecho de retracto y también que el rescate se efectúe con dinero propio del adquirente[134].

8. Por dación en pago, en razón de obligaciones provenientes de bienes propios (artículo 152, ord. 3° CC).

[129] Grisanti, *Ob. Cit.*, p.
[130] Véase: Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1985, V. II, pp. 74 y 75, indica que pueden ser costosísimas, se adquieren por vanidad, capricho, ostentación o por aparentar.
[131] Véase en este sentido: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 43, indica que tal vez más que existir en tal caso administración irregular de bienes comunes, habría un claro abuso de derecho que haría nacer a favor del otro cónyuge, el derecho a exigir en su oportunidad la correspondiente indemnización.
[132] Véase art. 1558 CC.
[133] Véase arts. 1534 y 1546 CC.
[134] López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 35 y 36.

La situación es considerada similar a la permuta, pues el cónyuge recibe un bien para satisfacer una acreencia propia, ese bien que ingresa a la comunidad se sustituyó a su acreencia individual y por ende también es un bien propio. Se trata de bienes adquiridos durante el matrimonio por obligaciones provenientes de bienes particulares[135] y que constituyen bienes propios del respectivo cónyuge; por ende, la dación en pago acontecida durante la comunidad, pero producto de un bien común, pertenece a la comunidad, y rige al efecto la presunción de gananciales si no se acredita que la dación es producto de un bien individual[136].

9. Los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido al casamiento. (Artículo 152, ord. 4° CC).

La doctrina señala que la norma alude a situaciones como la compra de un bien pactada antes del matrimonio, pero cuyo pago del precio tuvo lugar durante éste, por tratarse de un contrato consensual según el artículo 1476 CC. El caso estaría relacionado a decir de López Herrera con el artículo 157 CC que dispone "Cuando pertenezca a uno de los cónyuges una cantidad pagadera en cierto número de años, no corresponden a la comunidad las cantidades cobradas en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino se estimarán como parte de los bienes propios, deducidos los gastos de su cobranza".

10. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales, o de enfermedades (deducidas las primas pagadas por la comunidad) (artículo 152, ord. 5° CC).

---

[135] López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 36; Granadillo, *Ob. Cit.*, p. 206.

[136] Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 24-10-06, Exp. 6755, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/332-24-6.755-.html "Consta así mismo que el ciudadano ...adquirió mediante dación en pago de obligación a su favor el inmueble descrito..., distinguido... Hecho éste que implica que el referido inmueble lo adquirió el ciudadano ...estando casado con la ciudadana ...por lo que a tenor del artículo 156 citado, el referido bien pertenece a la comunidad conyugal. Así planteada la situación se encuentra que la parte demandada afirma que adquirió el referido inmueble en dación en pago y que el ordinal 3° del artículo 152 del Código Civil dispone que se hacen propios del referido cónyuge los bienes adquiridos durante el matrimonio, por dación en pago hecha al respectivo cónyuge por obligaciones provenientes de bienes propios; pero en ninguna parte de su defensa indica por qué motivo o de que manera la dación en pago le fue hecha por obligaciones provenientes de bienes propios, y mucho menos logra probar tal hecho".

Son personalísimas las cantidades percibidas por indemnizaciones, ya sea pactadas por vía contractual (seguro de vida o de enfermedad), por razón de hecho ilícito[137], indemnizaciones laborales, y los derechos de uso y habitación. Tienen lugar en razón de cumplirse los presupuestos particulares que hacen pertinente el pago, por cubrir riesgos personales, o por haber sufrido un daño material o moral particular. Por tratarse de conceptos o indemnizaciones personales o particulares en los que no ha tenido participación alguna el cónyuge se incluye en los bienes propios. En los casos que medie pago del cónyuge beneficiado a costa del caudal común deben deducirse las contribuciones correspondientes[138]. El seguro sobre cosas está excluido del supuesto en comentarios[139].

11. La compra hecha con dinero proveniente de la enajenación de un bien propio (ord. 6, art. 152 CC).

La subrogación que hace que el bien que ingresa se sustituya al anterior, lleva a concluir que la compra realizada con dinero producto de la venta de un propio, es por vía de consecuencia un bien propio. El producto de la venta de un bien propio constituye dinero ajeno a la comunidad, así como el bien adquirido con ese producto.

12. Por compra hecha con dinero propio del cónyuge adquirente, siempre que haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí (ord. 7, art. 152 CC).

Lo acabamos de señalar inmediatamente: el dinero propio ciertamente está sustraído de la comunidad por ser un bien individual; la misma suerte corre en virtud de la subrogación el bien adquirido con ese dinero[140]. La norma precisa la indicación de tal circunstancia en el instrumento de

[137] Como contrapartida al artículo 167 CC, según el cual el hecho ilícito cometido por el cónyuge no afecta al otro, por lo que lo que perciba en razón de ello tampoco. Véase: García de Astorga, *Administración...,* N° 82, p. 299; Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 248 y 249.
[138] Véase: Bocaranda, *El Régimen...,* p. 141, "las primas pagadas a costa de la comunidad, deben ser satisfechas a ésta".
[139] García de Astorga, *Administración...,* N° 82, p. 299.
[140] De allí que López Herrera considere acertadamente que los supuestos de los ords. 6 y 7 del art. 152 CC, constituyen lo mismo López Herrera, *Derecho...,* T. II, p., 39, señala que constituyen "una innecesaria duplicación de normas".

adquisición. De lo contrario pesará la presunción de gananciales[141], aunque para López Herrera ello no es óbice para la procedencia de la prueba de que se trata de un bien propio[142], aunque el propio autor –entre otros[143]– indica que la jurisprudencia ha exigido el doble requisito de la constancia, tanto de que la adquisición se hace por así, así como la procedencia precisa, clara y específica sobre el origen propio del dinero[144]. Por lo que al margen de disquisiciones resulta necesario advertirle al comprador casado la necesidad específica o detallada de tales menciones, a fin de desvirtuar la presunción de gananciales.

3.4 *CARGAS DE LA COMUNIDAD*[145]

Las cargas de la comunidad constituyen obligaciones que deben ser asumidas por ambos cónyuges, en reciprocidad a la distribución equi-

---

[141] Véase: Bocaranda, *El Régimen...,* p. 141.

[142] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 39-41.

[143] Véase: *Ibíd.*, pp. 40 y 41; García de Astorga, *Administración...,* N° 82, p. 298, incluyendo nota al pie N° 319; las dificultades probatorias se presentarían en la compra de bienes muebles, pues la jurisprudencia de instancia y Casación han sido claras en orden al cumplimiento de los requisitos, de los ordinales 6 y 7 del artículo 152 CC.

[144] Véase: CSJ/SCCMT, Sent. 1-8-85, J.R.G., T. XCII, p. 806, el ordinal 7 del art. 152 del CC para considerar como propio un bien adquirido durante el matrimonio, precisa de dos requisitos, indicar que la adquisición se hace para sí y señalar la procedencia del dinero mediante explicaciones claras y precisas, por lo que carecen de validez absoluta las menciones vagas e indeterminadas; CSJ/SPA, Sent. 26-5-83, J.R.G., T. LXXXII, pp. 689 y 690, al no contar en forma clara la procedencia del dinero no es posible concluir que el citado inmueble sea un bien propio; DFMSCM10, Sent. 29-3-85, J.R.G., T. XC, p. 182, la demandada señaló en el documento de adquisición del bien identificado que hizo la compra para su propio patrimonio, con dinero propio, pero omitió expresar suficientemente cuál era la procedencia del mismo por lo que quedó imposibilitada de probar posteriormente su origen, pues ha indicado la jurisprudencia y la doctrina que las explicaciones relativas al origen del dinero han de ser suficientemente claras y precisas; CSJ/SPA, Sent. 6-2-86, J.R.G., T. XCV, pp. 600 y 601, cuando en el título nada se dice obviamente rige la regla de presumirse la comunidad conforme al art. 164CC; DFMSCM1, Sent. 8-4-86; J.R.G., T. XCV, p. 12, el documento de adquisición debe reunir ambos requisitos, es decir, que la adquisición se hace para sí así como su procedencia; Véase: Tribunal Supremo de Justicia/ SCC, Sent. N° 00246 del 23-3-04, Exp 2002-000879, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RNyC-00246-230304-02879.htm "...para que la propiedad de los bienes sea a título particular, debe el cónyuge adquirente cumplir con lo previsto en el ordinal 7º del artículo 152 del Código Civil, esto es, señalar la procedencia del dinero con el cual realiza la negociación y que la adquisición la hace a título personal y para su patrimonio particular, sin lo cual y dado que –como se dijo– contractualmente fue acogido el régimen legal de administración de los bienes integrantes de la comunidad conyugal, todos los bienes que se adquieran sin esas especificaciones, deberán reputarse como bienes comunes y su propiedad pertenece a cada cónyuge en un cincuenta por ciento (50%)"

[145] Véase: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 165 al 183, *Ob. Cit.*, pp. 19-68.

tativa de los bienes que conforman la misma. Se rige por dos principios: *responsabilidad* por las deudas y *distribución* de las deudas; el primero, rige durante la vigencia de la comunidad; y el segundo, entra en juego una vez disuelta; el primero, se aplica respecto de los terceros acreedores del cónyuge; y el segundo, atiende a las relaciones de los cónyuges entre sí[146].

El artículo 165 dispone que son de cargo de la comunidad:

1º Todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a la comunidad. (165, ord. 1° CC).

La doctrina admite que el supuesto de poder obligar a la comunidad tiene lugar en ejercicio de la facultad de administración conferida por la ley, es decir, en su calidad de administrador. Fuera de tales límites son deudas que deben ser cubiertas por su peculio personal[147]. Esto pues el patrimonio conyugal no se identifica con una persona sino que tiene como titulares al marido o a la mujer, quienes responderán de las deudas contraídas por cada uno como consecuencia de los artículos 1863 y 1864 CC[148].

2º Los réditos caídos y los intereses vencidos durante el matrimonio, a que estuvieren afectos, así los bienes propios de los cónyuges como los comunes. (165, ord. 2° CC).

Si los frutos, rentas o intereses de bienes comunes y propios son comunes por aplicación del art. 156, ord 3 CC, es natural que los réditos caídos e intereses vencidos durante la vigencia de la "comunidad conyugal"[149] constituyan cargas comunes. Tales réditos e intereses precisan vencerse durante la vigencia de la comunidad, y abarca cualquier pago periódico al que estén obligados los cónyuges ya sea por bienes propios o comunes.

[146] *Ibíd.*, pp. 37 y 38.
[147] Bocaranda, *Guía..,* pp. 507 y 508.
[148] Véase: Mélich Orsini, *Ob. Cit.*, p. 234.
[149] Y no propiamente dentro del "matrimonio", pues recordemos que excepcionalmente éste puede subsistir al margen de la extinción de la comunidad.

3º Las reparaciones menores o de conservación, ejecutadas durante el matrimonio en los bienes propios de cada uno de los cónyuges. (165, ord. 3° CC).

Son cargas comunes los gastos menores o de conservaciones de los bienes propios; ello excluye reparaciones mayores que lleguen a constituir una cantidad que se aproxime al acto de disposición. Esa carga es justa considerando que los frutos, rentas o intereses de los bienes propios corresponden a la comunidad, por lo que ésta debe proveer al cuidado del bien propio del cónyuge. Las reparaciones mayores de un bien propio no constituyen cargas naturales o comunes y podrían configurar la plusvalía del bien propio en razón de reparaciones hechas con dinero de la comunidad, por aplicación del artículo 163 CC[150].

4º Todos los gastos que acarree la administración de la comunidad. (165, ord. 4° CC).

En tales gastos se incluyen una gama extensa de costos y erogaciones a los fines del buen desenvolvimiento de la comunidad, tales como vivienda, servicios, alimentación, etc.

5º El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y también los de uno solo de los cónyuges en los casos en que tienen derecho a alimentos. (165, ordv 5° CC).

Los gastos en un sentido amplio (y no sólo educación) con ocasión de los hijos comunes obviamente constituyen cargas comunes por un sentido natural, pero como la norma comienza refiriéndose al mantenimiento de la "familia" y a la educación de los hijos *comunes*, para algunos ello debe tomarse en su concepto restringido (padres e hijos)[151]. La norma hace extensible tal manutención como carga común respecto a los hijos de uno solo de los cónyuges si media el derecho de alimentos. Vale recordar que si el hijo de uno de ellos es menor de edad el deber de manutención existe siempre, si es mayor podría tener lugar la obligación de alimentos[152].

[150] Véase *supra* N° IV.3.2.5.
[151] Véase: Bocaranda, *El Régimen...,* p. 209.
[152] O extenderse la obligación de manutención en los casos previstos en el artículo 383, letra b de la LOPNNA. Véase *supra* N° II.3.

6º Los alimentos que cualquiera de los cónyuges esté obligado por la Ley a dar a sus ascendientes, siempre que no puedan hacerlo con el producto de sus bienes propios" (165, ord. 6° CC).

Si el cónyuge resulta obligado en alimentos a sus ascendientes y no puede cubrirlos con sus bienes propios, constituirá una carga común. En tal caso por vía de cargas de la comunidad se colabora excepcionalmente en obligación de alimentos con un pariente afín, pues generalmente dicha obligación rige entre parientes consanguíneos[153]. Constituyendo este caso y el anterior (de los hijos no comunes), los únicos supuestos en el Derecho venezolano de alimentos entre afines de manera indirecta, pues la carga se le impone a la comunidad[154]. La norma alude a "*ascendientes*", por lo que habría que concluir que la obligación alimentaria de hermanos, tíos y sobrinos, no constituye carga de la comunidad y, en consecuencia, es deducible en una eventual liquidación.

A las cargas anteriores debe agregarse

7. Las donaciones hechas a los hijos comunes. Prevé el artículo 166 CC que:

> También son de cargo de la comunidad las donaciones hechas, por cualquier causa, a los hijos comunes, de mutuo acuerdo, por los cónyuges. Si los bienes gananciales no alcanzaren, los cónyuges responderán de la diferencia, con sus bienes propios, de por mitad.

Finalmente, ***no*** constituye carga común la responsabilidad civil por hecho ilícito de cada cónyuge, pues el artículo 167 del CC[155] aclara que la res-

---

153 Véase *supra* N° I.3.
154 Bustamante Miranda, Maruja: *Régimen de los bienes durante el matrimonio en la legislación venezolana.* En: *Cuadernos Colección Derecho Civil N° 4.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Privado, 1974, p. 41; López Herrera, Derecho..., T. II, p. 75.
155 Véase: Fuenmayor G., José Andrés: *La cláusula de exención de responsabilidad del cónyuge en la indemnización civil proveniente del delito.* En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, pp. 533-547, el autor indica que pretende determinar la posible aplicación en el campo de la responsabilidad penal del artículo 167 del Código Civil (*ibíd.*, p. 534).

ponsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge es personalísima, pues no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes.

3.5 *ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD*[156]

En cuanto a la administración o gestión de los bienes, debe distinguirse si se trata de bienes propios o bienes comunes. Respecto de los **bienes propios** dispone el artículo 154 CC:

> Cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus propios bienes; pero no podrá disponer de ellos a título gratuito, ni renunciar a herencias o legados, sin el consentimiento del otro.

El artículo 155 *eiusdem* agrega: "Los actos de administración que uno de los cónyuges ejecute por el otro, con la tolerancia de éste son válidos".

En cuanto a la administración de los **bienes comunes**, el CC de 1982 en atención al principio de igualdad entre hombre y mujer que inspiró dicha Reforma, se estableció como manifestación de la citada igualdad la administración conjunta[157]. El marido dejó de ser el administrador de la comunidad conyugal y actualmente la administración de la comunidad conyugal se rige por las reglas de los artículos 168 y siguientes del CC. El artículo 168 dispone:

> Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo; la legitimación en juicio, para los actos relativos a la misma corresponderá al que los haya realizado. Se requerirá del consentimiento de ambos para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bie-

---

[156] Véase: López Herrera, Francisco: *Consideraciones sobre el sistema de la administración de bienes comunes en el régimen legal de comunidad de gananciales.* En: *Estudios sobre Derecho de Familia*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 63-87.

[157] Así mismo se eliminó la potestad marital, el domicilio legal de mujer que era determinado por el de su marido (debía seguir a éste donde fijara su residencia), la preferencia del progenitor en cuanto al ejercicio de la patria potestad (pues la madre coadyuvaba en el ejercicio) y se eliminó la distinción discriminatoria del adulterio como causal de divorcio.

> nes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. En estos casos la legitimación en juicio para las respectivas acciones corresponderá a los dos en forma conjunta.
>
> El Juez podrá autorizar a uno de los cónyuges para que realice por sí solo, sobre bienes de la comunidad, alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro, cuando éste se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad y los intereses del matrimonio y de la familia así lo impongan. Igualmente el Juez podrá acordar que el acto lo realice uno de los cónyuges cuando la negativa del otro fuere injustificada y los mismos intereses matrimoniales y familiares así lo exijan. En estos casos el Juez decidirá con conocimiento de causa y previa audiencia del otro cónyuge, si éste no estuviere imposibilitado, tomando en consideración la inversión que haya de darse a los fondos provenientes de dichos actos[158].

De la anterior norma se evidencia que existe una *administración individual* de los bienes comunes que viene dada por los bienes adquiridos por cada cónyuge (ya sea por trabajo u otro título) y que a su vez le concede una *legitimación judicial individual* respecto de los mismos. Sin embargo, se aprecia por contrapartida una *administración conjunta* de bienes comunes que se hace efectiva a través de la necesidad del consentimiento conjunto para realizar actos de disposición (que exceden la simple administración) y que suponen una *legitimación judicial conjunta*[159].

---

[158] Véase sobre el análisis de dicha norma: Bocaranda, *El Régimen...,* pp. 55 y ss.; CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 165 al 183, *Ob. Cit.*, pp. 101-168.

[159] Véase sobre la discusión de la existencia de un litisconsorcio necesario de los cónyuges: Guillermo I, Mayra E. y Sara E. Guardia S.: *La legitimación de las causas comunes a los cónyuges.* En: *Revista de Derecho N° 10.* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 41-74.

La norma señala la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para ciertos actos de disposición[160] y prevé la posibilidad de suplir el consentimiento del otro cónyuge mediante autorización judicial cuando medie imposibilidad y la necesidad así lo requiera. Se precisa en tal caso escuchar el alegato del otro cónyuge y considerar la inversión de que se trata.

La norma del artículo 169 CC que prevé:

> Los bienes provenientes de las donaciones hechas a los cónyuges por motivo del matrimonio son administrados por el cónyuge a cuyo nombre se hizo la donación; si la donación se ha hecho a nombre de ambos, la administración corresponde al marido y a la mujer en los términos previstos en el artículo 168.

De tal suerte que las donaciones hechas a nombre de ambos cónyuges se rigen como es natural por la citada administración y legitimación judicial conjunta a diferencia de las donaciones efectuadas a nombre de

[160] Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 2-5-05, Exp. 13.790, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/1125-2-13.790-.html "Como se puede evidenciar de esta norma, cada uno de los cónyuges puede administrar por sí sólo los bienes de la comunidad que hubiera adquirido con su trabajo personal pero se requiere el consentimiento de ambos para enajenar a título oneroso o gratuito los bienes gananciales, es decir, aquellos bienes que se hayan adquirido durante la vigencia del matrimonio, ya que como se dijo son comunes de por mitad, la ganancia o beneficio que se obtenga durante el matrimonio y se presume que pertenecen a la comunidad todos los bienes existentes mientras no se pruebe lo contrario, es decir, que sean propios de cada uno de los cónyuges"; Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario, del Transito y del Trabajo Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 18-2-04, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2004/febrero/1241-18-08641-.html "Cuando se analiza lo preceptuado en el artículo 168 del Código Civil, se llega a la conclusión que el mismo se refiere a los bienes que necesitan forzosamente para su disposición, mediante enajenación o gravamen el consentimiento de ambos cónyuges, y entre ellos se mencionan los bienes inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a la sociedad. No se exige que se requiera el consentimiento de ambos cónyuges para contraer obligaciones cambiarias y así como el patrimonio que integra la comunidad de gananciales de los cónyuges se conforma por sus activos..."; Romero, Ricardo: *Influencia de los títulos valores en el patrimonio familiar.* En: *I Congreso Venezolano de Derecho de Familia.* Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Mérida, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, p. 154, la aceptación de letras de cambio, no requiere el consentimiento del cónyuge, sólo que compromete en primer término los bienes propios del cónyuge aceptante y en segundo término su porción en los bienes comunes, de conformidad con el artículo 168 CC.

uno solo de los cónyuges, que presentan una administración y legitimación judicial individual, aun cuando se constituyan en bienes comunes a tenor del citado artículo 161 CC.

La Reforma del CC de 1982 introduce una norma que permite impugnar los actos jurídicos realizados sin el consentimiento del otro cónyuge, es decir, cuando se dispone de un bien sin atender a que se trata de un bien común[161]. Al efecto prevé el artículo 170 CC:

> Los actos cumplidos por el cónyuge sin el necesario consentimiento del otro y no convalidados por éste, son anulables cuando quien haya participado en algún acto de disposición con el cónyuge actuante tuviere motivo para conocer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal.
>
> Quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que, no habiendo participado en el acto realizado con el cónyuge, hubiesen registrado su título con anterioridad al registro de la demanda de nulidad.
>
> En caso de bienes inmuebles se procederá a estampar en el protocolo correspondiente la nota marginal referente a la demanda de nulidad; en los otros casos, se tomarán las providencias que garanticen la protección de los terceros de buena fe.
>
> La acción corresponde al cónyuge cuyo consentimiento era necesario y caducará a los cinco (5) años de la inscripción del acto en los registros correspondientes o en los libros de las sociedades si se trata de acciones, obligaciones o cuotas de participación. Esta acción se transmitirá a los herederos del cónyuge legitimado si éste fallece dentro del lapso útil para intentarla.
>
> Cuando no procede la nulidad, el cónyuge afectado sólo tendrá acción contra el otro por los daños y perjuicios que le hubiere causado. Esta acción caducará al año de la fecha en que ha

[161] Véase: Torres-Rivero, Arturo Luis: *Arrendamiento y opción de compra venta del bien común matrimonial verificado sin consentimiento de uno de los cónyuges.* En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,* Caracas, enero-junio 1990, Nº 119-120, Año LXVI, pp. 385-399 (también en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 77, Universidad Central de Venezuela ,1990, pp. 171-181).

tenido conocimiento del acto y, en todo caso, al año después de la disolución de la comunidad conyugal.

Se aprecia así de la citada norma, que el cónyuge que no prestó el consentimiento necesario para un acto de disposición de un bien común puede demandar la nulidad[162] del acto si el tercero tuviera motivo para conocer que el bien era de la comunidad conyugal. Dicha acción tiene un lapso de caducidad de cinco (5) años[163] desde la fecha de inscripción registral y deja a salvo derechos de terceros. Por lo que a todo evento, en caso de resultar improcedente la nulidad (porque por ejemplo el tercero no tenía forma de conocer el origen común del bien) la ley concede al cónyuge acción de daños y perjuicios, que presenta una carácter sustitutivo[164] y está sometida a una caducidad breve, esto es, un (1) año desde que se tuvo conocimiento del acto, o en todo caso (si se alegará falta de conocimiento) caduca al año de la disolución de la comunidad conyugal. En todo caso, la acción de daños y perjuicios pretende compensar la improcedencia de la acción de nulidad por lo que la doctrina le atribuye carácter alternativo y excluyente respecto de la nulidad[165], lo que ha sido objeto de crítica[166].

El acto realizado sin el consentimiento del cónyuge es válido pero anulable[167] si el tercero conocía el estado de casado. Es decir, en caso de buena fe del tercero no es procedente la nulidad[168] sino los daños y perjui-

[162] Véase: Guerrero Quintero, Gilberto: *La acción de anulabilidad, ex Artículo 170 del Código Civil.* En: *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona.* Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, T I, pp. 579-596; Guerrero Quintero, Gilberto: *Del consentimiento para enajenar y gravar bienes gananciales.* Caracas, edit. Jurídica Alva, 1992.
[163] Véase: C.S.J. / S.C.C., Sent. 7-5-87, J.P.T., Nº 5, 1987, p. 275, El artículo 170 del Código Civil consagra una acción de nulidad relativa, únicamente reservada al cónyuge afectado por el acto del otro cónyuge y a los herederos de aquél, si él falleciere sin haber precluido todavía el lapso de cinco (5) años para intentar dicha acción.
[164] Bocaranda, *Análisis..,* p. 104.
[165] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 101; Bocaranda, *Análisis..,* p. 84.
[166] Véase: Guerrero Quintero, *La acción...,* p. 596, la sustitución de la reparación por daños y perjuicios, por otro medio más eficaz de protección sería lo ideal y útil, dado que tal indemnizatoria sólo tiene lugar cuando no procede la anulabilidad.
[167] Véase: DFMSCMT2, Sent. 21-12-92, J.R.G., T. CXXIII, p. 20; C.S.J. / S.C.C., Sent. 30-11-88, J.P.T., Nº 11, 1988, pp. 351 y 352.
[168] Véase: AMCSCMT1, Sent. 26-9-94, J.P.T., Nº 9, 1994, p. 193.

cios. En todo caso, la acción se pierde en caso de convalidación del acto[169], pues implica una renuncia a la acción. Constituye simplemente una protección a favor del cónyuge que no ha prestado el consentimiento[170].

Al efecto ha señalado el Máximo Tribunal que de la norma transcrita se concentró el requisito de la buena fe para la procedibilidad de la acción de nulidad de los actos de disposición realizados sobre bienes de la comunidad de gananciales por un cónyuge sin el consentimiento del otro, esto es, que el tercero contratante tuviere motivos para conocer o saber que estaba negociando un bien para cuya disposición o enajenación se requería el consentimiento de ambos cónyuges y no obstante lo celebró con uno sólo de ellos. Este agregado legislativo está instituido sobre la figura jurídica de la buena fe de los terceros quienes intervienen en una negociación desconociendo la existencia de situaciones o condiciones atinentes al negocio mismo o a la persona de su contratante y que legalmente afectan la validez del acto realizado. Del análisis de la norma comentada, se determinan los requisitos de procedibilidad de la acción de nulidad contra los actos realizados sobre bienes o gananciales de la comunidad conyugal, los cuales se traducen en: a) Que uno de los cónyuges haya cumplido un acto sin el consentimiento necesario del otro;

[169] Véase: C.S.J./ S.C.C., Sent. 18-2-88, J.R.G., T. CIII, p. 419, sólo son susceptibles de anulación y por acción principal de conformidad con el artículo en estudio, cuando el cónyuge ausente en el acto de cesión o traspaso no hubiere convalidado por un acto posterior, la cesión o el traspaso efectuado por el otro cónyuge; C.S.J./ S.C.C., Sent. 30-11-88, J.P.T., Nº 11, 1988, pp. 351-354; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 2-5-05, Exp. 13.790, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/1125-2-13.790-.html "...no se permite que uno sólo de los cónyuges unilateralmente enajene bienes de esa comunidad en perjuicio del otro, tal como ocurrió en el presente caso... enajena un bien de la comunidad haciéndose pasar por soltera cuando estaba casada, tal negociación está afectada de nulidad relativa, ya que si el perjudicado no incoa sus pretensiones dentro de los parámetros establecidos en la ley, se convierte esta inercia en el consentimiento tácito de esa venta, hecho éste que no ocurrió en el caso de marras, ya que el demandante ejerce oportunamente la pretensión de nulidad sobre las tantas veces referida venta, la cual se encuentra infectada de la falta de consentimiento de uno de los cónyuges y por cuanto el Artículo 168 del código citado establece expresamente que debe haber el consentimiento de ambos cónyuges para enajenar bienes gananciales, hecho éste que no ocurrió cuando se efectuó la venta, por lo cual resulta forzoso declarar la nulidad de esa venta. Así se resuelve"; Mélich Orsini, *Ob. Cit.*, pp. 278 y 279; García de Astorga, *Administración...,* N° 82, p. 347; Viso, Luis René: *Derecho de Familia.* Cabimas, Impresora Petrolandia, Mayo 1985, p. 123.

[170] Véase: DFMSCM8, Sent. 1-8-86, DFMSC8, J.R.G., T. XCVI, pp, 85 y 87.

b) Que dicho acto no haya sido convalidado por el cónyuge no actuante; y c) Que el tercero contratante lo haya sido de buena fe, entendiendo esta figura dentro de los términos ya expresados[171].

Es requisito fundamental para que proceda la nulidad prevista en el artículo 170 CC que el tercero contratante tuviere conocimiento de que los bienes afectados pertenecían a la comunidad conyugal. Si el tercero actuó en desconocimiento de que los bienes eran comunes, no puede ser afectado con la declaración de nulidad, sino los daños y perjuicios. Se aclara que la ley no impone al tercero indagar sobre el estado civil del contratante por lo que no puede pretenderse tal requisito en función de la buena fe que prevé el artículo 12 del CPC[172]. Se indica que ante la demanda de nulidad por falta de consentimiento corresponde al demandado probar la existencia del consentimiento, pues los hechos negativos indefinidos son de imposible prueba[173].

El artículo 171 CC abre la vía judicial en caso de mala administración de un cónyuge:

> En el caso de que alguno de los cónyuges se exceda de los límites de una administración regular o arriesgue con impru-

---

[171] TSJ/SCC, Sent. N° 472 del 13-12-02; TSJ/SCC, Sent N° 00700 del 10-8-07.

[172] TSJ/SCConst, Sent N° 983 del 17-6-08, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/983-170608-08-0429.htm "la Sala Especial Agraria de la Sala de casación Social, tampoco advirtió la contradicción en la motivación de la sentencia dictada por el Juzgado Superior Agrario, cuando estableció, primero, que Mercantil C.A. Banco Universal actuó de buena fe en la negociación, para luego contradecirse al afirmar que la mencionada institución bancaria "debió ser diligente e investigar la relación jurídica o filiatoria entre el ciudadano ...y la ciudadana...", cuestión que no tiene soporte en el ordenamiento legal, por lo cual, sentencia objeto de la presente revisión también incurrió en inmotivación, por ausencia de base legal".

[173] TSJ/SCC, Sent. 643 del 11-10-05, Jesús Cabrera Romero ha sostenido que "...es sabido que los hechos negativos indefinidos son de imposible prueba. Nadie puede demostrar que nunca ha estado en un lugar o que nunca ha vestido de negro, por ejemplo... Los hechos negativos indefinidos están exentos de prueba por quien los alega, quien no tiene sobre ellos la carga de demostrarlos...". (*Vid.* Contradicción y Control de la Prueba legal y libre. Editorial Jurídica Alva S.R.L., Caracas 1997, pp. 77-78). En el caso concreto, la accionante en el libelo de la demanda centró sus alegatos en la negativa de haber dado su consentimiento para el traspaso del inmueble perteneciente a la comunidad conyugal, por parte de su cónyuge ...a su hermano .... Por tanto, correspondía a los accionados alegar y demostrar que sí hubo tal consentimiento de forma expresa, en vez de alegar, por primera vez en casación, la posibilidad de que sí lo dio en forma tácita al no oponerse a la realización de tal acto, pues conforme a la autorizada doctrina antes transcrita, los hechos negativos indefinidos como el que asegura el formalizante está presente en esta causa, están exentos de prueba, razón por la cual su demostración resulta de imposible materialización, siendo procedente en derecho alegar y probar el hecho contrario, esto es: la existencia del consentimiento".

> dencia los bienes comunes que está administrando, el Juez podrá, a solicitud del otro cónyuge, dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro, previo conocimiento de causa. De lo decidido se oirá apelación en un solo efecto, si se acordaren las medidas y libremente, en caso contrario.
>
> Si las medidas tomadas no bastaren, el cónyuge perjudicado podrá pedir separación de bienes.

Tal norma pretende con la intervención judicial evitar mayores daños cuando uno de los cónyuges se exceda de lo que debería ser una gestión normal de administración; de ser insuficiente tales medidas se podrá acudir a la separación de bienes[174].

Se aprecia que la norma del artículo 171 CC está dirigida a la mala administración de un cónyuge durante la vigencia de la comunidad. Una vez disuelta ésta, los efectos perjudiciales de una perniciosa o dolosa administración, podrán ser reclamados por cualquiera de los cónyuges mediante el ejercicio de las respectivas acciones judiciales[175], tales como daños y perjuicios[176] o rendición de cuentas[177]. Recordemos que cada uno de los cónyuges administra "por sí solo" algunos bienes de la comunidad, como los derivados del trabajo, pero tales bienes no pierden su condición de "comunes" en razón de la administración individual, pues en definitiva cada cónyuge es un administrador de bienes ajenos, en la porción que le corresponde al otro[178].

Finalmente, el artículo 172 CC prevé lo relativo a la forma en que será administrada la comunidad en situación de incapacidad de obrar de uno

---

[174] Véase: C.S.J. / S.C.C., Sent. 7-3-85, J.R.G., T. XC, pp. 582 y 583; AMCSCMT6, Sent. 20-10-94, J.P.T., Nº 10, 1994, pp. 163 y 164.
[175] Además de la correspondiente acción de partición.
[176] Véase: artículo 1185 CC.
[177] Véase: Bocaranda, *El Régimen...,* p. 55, "Deténgase la facultad en la simple administración o devenga, con el consentimiento del otro cónyuge, en actos de disposición, en todo caso pesa sobre ambos cónyuges el deber de dar cuentas, efecto ineludible del principio de la igualdad". (Destacado nuestro).
[178] Quien en ejercicio abusivo de esa administración individual perjudique los legítimos derechos del cónyuge podría incurrir en responsabilidad, como tuvimos ocasión de indicar al referirnos a las "joyas" como bienes propios (véase *supra* N° IV.3.3.5).

o ambos cónyuges[179], estableciéndose la administración individual del cónyuge capaz o parcialmente capaz, así como la intervención de un curador especial[180] en caso de incapacidad absoluta de ambos cónyuges. Se agrega la necesidad de autorización judicial para realizar actos de disposición y la prohibición de realizar actos a título gratuito.

3.6 *DISOLUCIÓN*

La disolución de la comunidad conyugal acontece cuando se extingue el régimen patrimonial supletorio. Ello tiene lugar de conformidad con el artículo 173 CC cuando se extingue el matrimonio (muerte o divorcio) por, nulidad, declaración de ausencia, quiebra y separación judicial de bienes. En estos últimos casos, sin mediar extinción del vínculo conyugal culmina la comunidad conyugal por disposición de ley.

Dicha norma agrega que "Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190". Es decir, en atención al carácter de orden público que rodea la materia, las causas de disolución de la comunidad conyugal son únicamente las que indica la ley, cualquier pacto en contrario de los cónyuges, no tiene valor jurídico.

El artículo 186 del CC prevé: "Ejecutoriada la sentencia que declaró el divorcio, queda disuelto el matrimonio, y cesará la comunidad entre los cónyuges y se procederá a liquidarla. Las partes podrán contraer libremente nuevo matrimonio, observándose lo dispuesto en el artículo 57". Una de las formas de extinción de la comunidad conyugal es el divorcio;

[179] "Cuando alguno de los cónyuges, esté sometido a tutela o curatela, dejará de ejercer la administración de los bienes comunes, y el otro administrará por sí solo. Para los actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges, será necesaria la autorización del Juez. En ningún caso el cónyuge administrador podrá realizar actos a título gratuito.
Si ambos cónyuges están sometidos a curatela administrarán los bienes comunes en la forma prevista en los artículos 168 y siguientes, pero de conformidad con el régimen de protección a que están sometidos. Si uno de los cónyuges está sometido a tutela y el otro a curatela, administrará este último en los términos de la disposición anterior. Cuando ambos cónyuges estén sometidos a tutela el Juez designará un curador especial, quien ejercerá la administración de los bienes comunes; sin embargo, necesitará autorización del Juez para los actos que requieran el consentimiento de ambos cónyuges y en ningún caso podrá realizar actos a título gratuito".

[180] Véase: Torres-Rivero, *Mis Comentarios...*, 1985, V. II, p. 108, señala que el tutor de cada cónyuge no tiene nada que ver con esa administración de la comunidad conyugal, la cual le corresponde al curador *ad hoc*.

por éste cesa de derecho tal comunidad. La liquidación de la comunidad ordinaria, no se produce *ipso iure*, sino que precisa de la voluntad de las partes o de pronunciamiento judicial.

Al disolverse la comunidad conyugal, ésta quedará sustituida en lo sucesivo por una comunidad ordinaria[181] que podrá ser liquidada voluntaria[182] o judicialmente[183] y cuya competencia del Tribunal depende de la existencia de menores de edad[184]. De tal suerte que resulta innecesario un pronunciamiento del Juez sobre la cesación y liquidación de la comunidad conyugal[185]. La acción de partición ha sido con-

[181] Véase: DFMSC3, Sent. 9-2-67, J.T.R., Vol. XV, p. 104; MSC2, Sent. 29-5-73, J.R.G., T. XXXIX, p. 145; DFMSCMT5, Sent. 8-1-92, J.R.G., T. CXX, p. 60. Véase: Mendoza, José R.: *Disuelto el matrimonio la comunidad conyugal se convierte en una comunidad ordinaria.* En: Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara, diciembre 1981, pp. 41-44.

[182] Véase: San Juan Armas, Miriam: *División patrimonial en las mediaciones para la separación y el divorcio. Studia Iuris Civiles*. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 743-741.

[183] Véase: Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1987, pp. 22 y 23, "...186 nuevo, además, tiene la misma impropiedad de 187 de Código Civil de 1942 en lo de que, al extinguirse la comunidad, "...se procederá a liquidarla...", equívoca expresión, tan terminante por imperativa, de la que pareciera que la liquidación es fatal y debe llevarse a cabo inevitablemente, lo cual no es cierto.
Si bien es primero la extinción de la comunidad conyugal y luego la liquidación, por lo que no puede haber liquidación sin extinción, no quiere decir que se invierta el orden, que se trastoque o trastroque, para concluir que la extinción conduce ineludiblemente a la liquidación, ya que después de la extinción es factible, si se quiere, permanecer sin liquidar y esto hace que, desde el momento de la extinción de la comunidad ordinaria, cuya partición habrá cuando sea acordada o se obtenga procesalmente.
Por supuesto, lo que acabamos de exponer es sin desmedro de que lo ideal es no vivir en comunidad, y por ello es que no se puede impedir la partición, realizable en cualquier tiempo, o lo que es lo mismo, la acción es imprescriptible, todo tiempo es útil para ejercerla –Código Civil de 1942, artículos 764 y 768, no variados por la reforma en 1982–".

[184] Véase: LOPNNA, artículo 177, parágrafo primero letra l) y parágrafo segundo, letra h. Si no existen menores de edad, la jurisdicción competente es la civil ordinaria, siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 777 y ss del CPC. Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 9-5-08, Nº 4930, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/1532-9-4930-1294.html

[185] Véase: CS1, sent. del 17-12-74, J.R.G., T. XLV, pp. 85 y 86, Nuestra Casación contempló esta situación y decidió que en la sentencia de divorcio "en lo que toca a la comunidad de bienes de los cónyuges nada debe expresarse con relación a la partición de los bienes comunes, pues hasta la simple mención de la cesación de aquel estado de derecho resulta innecesaria pues deriva de disposición legal expresa ... La liquidación y partición de los bienes comunes es cuestión que corresponde a las partes, disuelto que sea su matrimonio, y que de consiguiente escape al Juez de la causa dentro del proceso en que ha de declararse el divorcio".

siderada imprescriptible[186], y subsiste el derecho a la partición suplementaria de los bienes que no fueron objeto de partición[187]. La manifestación sobre la inexistencia de bienes en el escrito de separación no es óbice para su partición[188].

La liquidación de la comunidad conyugal comprende a decir de la doctrina las siguientes etapas: 1.- *Determinación y avalúo del activo común* (los copartícipes deben estar de acuerdo sobre los bienes que integran la comunidad y cualquier discrepancia precisa un peritaje) 2.- *Determinación del pasivo común* (Se trata de inventariar las cargas de la comunidad que aun no han sido satisfechas, incluye crédito de terceros y recompensas o compensaciones entre cónyuges) 3.- *Formación de los lotes de participación* (según art. 1075 CC rige la igualdad de los copartícipes que puede atemperarse por obligaciones frente a terceros, compensaciones entre cónyuges y pérdidas fortuitas de bienes propios) 4.- *Adjudicación de los lotes entre las partes* (consiste en la transferencia a cada copartícipe de los derechos exclusivos sobre bienes propios que comprende su respectivo lote. Puede ser amistosa o judicial. Los pactos de partición convencional deben ser detallados y autosuficientes en el sentido de especificar cuáles son los bienes objeto de partición, la parte que le corresponde a cada uno y la forma en la cual se realiza la partición)[189].

---

[186] Véase: Adrián Hernández, Tomás Mariano: *El derecho a ejercer la acción de partición suplementaria de bienes en la comunidad conyugal.* En: *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona.* Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, T I, pp. 21-25.

[187] *Ibíd.*, pp. 3-21.

[188] DFMSC4, Sent. 8-1-92, J.R.G., T. 120, pp. 40 y 42.

[189] Adrián Hernández, *Ob. Cit.*, pp. 15-20.

Capítulo V

El Divorcio

1. **Noción e importancia.**
2. **Divorcio contencioso por las causales del artículo 185 CC:** **2.1** *Adulterio.* **2.2** *El abandono voluntario.* **2.3** *Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común.* **2.4** *El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.* **2.5** *La condena a presidio.* **2.6** *La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común.* **2.7** *La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común.*
3. **Divorcio no contencioso:** **3.1** *Conversión de la separación de cuerpos en divorcio (185 CC, primer aparte).* **3.2** *Ruptura prolongada de la vida en común o separación fáctica de cuerpos (Artículo 185-A CC).*
4. **Consideraciones procesales.**

1. NOCIÓN E IMPORTANCIA

En nuestro ordenamiento jurídico vigente la extinción del vínculo conyugal puede tener lugar por dos motivos taxativos: muerte o divorcio.

Así lo indica expresamente el artículo 184 del Código Civil: "*Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por divorcio*".

La muerte constituye un hecho jurídico, esto es, un hecho natural del que se derivan consecuencias jurídicas, entre las que se ubica la extinción de las relaciones personalísimas como el matrimonio[1]. Por su parte, el divorcio[2] precisa de una decisión jurisdiccional que se pronuncia en función de algunos de los supuestos taxativos en que el Legislador permite la disolución del vínculo matrimonial contraído válidamente[3].

Si el matrimonio no ha sido contraído válidamente en razón de algún vicio formal o sustancial, podrá declararse su *nulidad*[4], pero en tal caso, no opera la extinción del vínculo matrimonial jurídicamente válido, sino que la sentencia que declara su nulidad tiene el efecto de borrarlo o suprimirlo del orden legal. De allí que el *divorcio* se traduce en la disolución legal del matrimonio en razón de una sentencia por las causas taxativas consagradas en la ley. Finalmente, la *separación de cuerpos*, aun cuando decretada judicialmente, no extingue el matrimonio sino que simplemente suspende el deber de cohabitación; generalmente, aunque no necesariamente, tiene lugar con miras a su conversión en divorcio[5].

---

[1] Domínguez Guillén, María Candelaria: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 17, 2007, p. 214.

[2] Véase: Rodríguez, Luis Alberto: *Comentarios al Código Civil Venezolano: el divorcio*. Caracas, Librosca, Colección Hammurabi 3, 2ª edic., 2003; González Fernández, Arquímedes: *Matrimonio y Divorcio*. Caracas, Ediciones Liber, 2003; Dao, Aníbal: *Algunas anotaciones sobre el divorcio en Venezuela*. Caracas, Ediciones Venezolanas, 1957; Mizrahi, Mauricio Luis: *Familia, Matrimonio y divorcio*. Buenos Aires, edit. Astrea, 1998; Novellino, Norberto José: *El desvínculo matrimonial y sus procesos*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.

[3] Véase: Bonnecase, *Ob. Cit.*, p. 153, el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por las causas determinadas en la ley. En el mismo sentido, véase: Soto Álvarez, *Ob. Cit.*, p. 111; Montoya, César Augusto: *Familia y Menores. Vivencias Jurídicas*. Venezuela, Livrosca, 1996, p. 17, "es el medio por el cual opera la disolución del vínculo conyugal por una sentencia judicial"; González Fernández, *Ob. Cit.*, p. 27, es una forma de disolución del vínculo matrimonial por decisión judicial.

[4] Véase *supra* N° III.4.

[5] Véase sobre tales diferencias entre divorcio, nulidad y separación de cuerpos: D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 77.

Si bien desde el punto de vista práctico, no existe poder humano ni jurídico que logre mantener unidas a dos personas contra su voluntad, el legislador en función de un sentido de preservación del vínculo conyugal y por ende familiar, dada la importancia social de esta última, trata de dificultar la disolución del vínculo matrimonial. O si se quiere, más precisamente tal disolución del matrimonio no procede libremente a voluntad de los interesados, por tratarse de una materia de orden público, impregnada de normas imperativas y por tal razón, sustraída del principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, si bien es cierto que la materia del divorcio y separación de cuerpos es de orden público, y que las causales de divorcio contencioso efectivamente son taxativas, pues no caben otras distintas a las consagradas por el legislador, la voluntad de las partes puede ser canalizada a formas no contenciosas de disolución del vínculo matrimonial, específicamente a través de la separación de cuerpos (con miras a conversión en divorcio en un año) o de la ruptura prolongada de la vida en común (artículo 185-A CC).

Por ello, si bien es cierto que no existe divorcio de "mutuo acuerdo" en razón de la naturaleza de la materia, debe admitirse no obstante que los mecanismos procesales de jurisdicción voluntaria permiten disolver el vínculo conyugal por la voluntad de las partes. Pero esta última opción no contenciosa precisa del concurso de voluntades de ambos cónyuges, en el ordenamiento vigente si tal voluntad no existe en uno de los cónyuges, la única salida jurídica a los fines de la extinción del vínculo es encuadrar su conducta en alguna de la causales "taxativas"[6] del artículo 185 CC vigente,[7] a los fines del divorcio contencioso. Procedimiento obviamente más largo porque además de contar con las tradicionales

[6] Es decir, son únicamente las enumeradas por las normas. No se trata de una enumeración ejemplificativa o simplemente enunciativa. Véase dejando entrever lo contrario: D.Jesús, *Ob. Cit.,* p. 76, "la enumeración de la ley no es limitativa, pues a la par de los hechos precisos, previstos como causales taxativas, encuentran otros una fórmula general de hacerlos valer en juicio bajo el concepto de injuria. Todo esto hace pensar que en realidad no hay causas determinadas de divorcio sino indeterminadas del mismo. Por eso, Pothier inteligentemente había dicho que en materia de divorcio, había que 'dejar todo al arbitrio y prudencia de los jueces'". Vale observar, que la necesidad de encuadrar los hechos inclusive en el amplio concepto de injurias no le resta el carácter taxativo a las causales de divorcio, contrariamente lo reafirma, toda vez que los interesados están en la necesidad de subsumir la conducta en algunas de las causales imperativas de ley.

[7] El Proyecto de Ley que regula el matrimonio y su disolución de julio de 1979, en su artículo 165 señalaba entre las causales únicas de divorcio: 1° La incompatibilidad de los cónyuges...".

garantías procesales de defensa del demandado, está ideado para constatar la perseverancia e insistencia del actor en su acción, lo cual se evidencia en el ámbito procesal. Por otra parte, de ser declarada sin lugar la acción, continuaría vigente el vínculo conyugal, a pesar, de la inconveniencia de seguir unido en matrimonio con alguien con quien se ha fracturado un vínculo sustancial. Pero ciertamente, esa es la posición de nuestro ordenamiento vigente según el cual la sola voluntad de uno de los contrayentes es insuficiente para extinguir el vínculo por vía de sentencia.

En función de lo indicado, la doctrina señala algunas características de la materia relativa al divorcio[8]; es de "orden público", y por ende está sustraída del principio de la autonomía de la voluntad. El orden público está de por medio en aquellas materias que se consideran vitales o importantes para el desarrollo del Estado o la sociedad: como se afirma que el matrimonio tiene por objeto la familia, que es la base fundamental de la sociedad, se trata de preservar la misma no facilitando la extinción del vínculo matrimonial. Tal sentido de orden público se refleja procesalmente por la necesidad de participación del Fiscal del Ministerio Público "en las causas de divorcio y de *separación de cuerpos contenciosa*" a tenor del artículo 131, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil[9]; su falta de notificación en los supuestos requeridos por la ley podría generar la nulidad del proceso y subsiguiente reposición[10]. El divorcio y la separación de cuerpos proceden a instancia de parte, por lo que no existe actuaciones de oficio en la materia; el divorcio –según referimos en su definición– precisa necesariamente una "sentencia" o decisión judicial (lo contrario entrará en el ámbito de las separaciones de hecho).

---

[8] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, pp. 79 y 80.

[9] Véase artículo 196 CC: "En todas las causas de divorcio y de separación de cuerpos intervendrá como parte de buena fe un representante del Ministerio Público". La norma del Código Sustantivo a diferencia de la del Código Adjetivo de 1987 no hacía distinción respecto de la naturaleza contenciosa o no del procedimiento.

[10] Obsérvese que lo que se precisa es su "notificación" mas no su asistencia o intervención en el proceso. Véase: AMCSFM1, Sent. 11-3-94, J.R.G., T. CXXIX, p. 90. La ausencia del Fiscal del Ministerio Público a los actos del juicio de divorcio no vicia o acarrea la nulidad del procedimiento; TSJ/SCS, Sent. 25-10-00, J.R.G., T. 169, pp. 656 y 657, no debe declararse la nulidad y reposición porque el Fiscal fue notificado después de la citación.

Veamos a continuación las diversas opciones procesales en materia de divorcio, contenidas en general en el artículo 185 del CC[11].

2. DIVORCIO CONTENCIOSO POR LAS CAUSALES DEL ARTÍCULO 185 CC

El artículo 185 del CC dispone:

> Son causales únicas de divorcio:
>
> 1°.- El adulterio.
>
> 2°.- El abandono voluntario.
>
> 3°.- Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común.
>
> 4°.- El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.
>
> 5°.- La condenación a presidio.
>
> 6°.- La adicción alcohólica u otras formas graves de fármacodependencia que hagan imposible la vida en común.
>
> 7°.- La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común. En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

Si se aprecian las citadas causales que dan lugar al divorcio contencioso, se observará que ellas suponen el incumplimiento de los deberes conyugales, bien sea por efecto voluntario de la conducta del cónyuge que lo vulnera (como el adulterio, el abandono, la injuria) o si bien es producto de una conducta ajena o involuntaria respecto al vínculo conyugal (presidio, alcoholismo o farmacodependencia, interdicción judi-

---

[11] Véase sobre el tema: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 184 al 185-A. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1998; Perera Planas, Nerio: *Causas de divorcio.* Caracas, ediciones Magón, 1972.

cial), su existencia constituye una circunstancia grave que dificulta sobremanera o hace imposible el cumplimiento de los deberes primarios inherentes al matrimonio.

Al efecto indica la jurisprudencia que:

> ...el matrimonio impone una conducta especial, adecuada a la naturaleza misma del vínculo contraído, la cual está ceñida a una serie de obligaciones y deberes entre los cónyuges. Dentro de ese contexto general existen obligaciones recíprocas de respeto a la dignidad, al honor, a la reputación y a la integridad física y moral, que deben imperar en la vida conyugal; cuando se violan esos deberes, el cónyuge transgresor, incurre en una de las causales establecidas en el artículo 185 del Código Civil, que permiten al ofendido la interposición de la acción de divorcio[12].

La acción de divorcio y de separación de cuerpos, de conformidad con el artículo 191 del CC, es una acción personalísima, pues "corresponde exclusivamente a los cónyuges", y agrega la norma: "siéndoles potestativo optar entre una u otra; pero no podrán intentarse sino por el cónyuge que no haya dado causa a ellas". El cónyuge culpable no puede ejercer la acción de divorcio[13] ni de separación de cuerpos.

El autor colombiano Parra Benítez señala ciertas características de las causales de divorcio y pudieran ser aplicables al caso venezolano: taxatividad[14], amplitud relativa, su concurrencia, fundamentación en las normas de orden público, su tratamiento dual en cuanto a la responsabilidad, entre otras[15].

---

[12] Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario, Bancario y Marítimo del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 29-9-05, Exp.18.189, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2005/septiembre/1240-29-18.189-11.html

[13] Véase: Tribunal Segundo de Protección del Niño y Adolescente. Extensión Cabimas, Sent. febrero 2006 (fecha incompleta en la web), http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/febrero/526-21-2U-3796-04-060-06.html "se desprende que en realidad el abandono voluntario provino de la parte demandante ciudadano..., y no de la parte demanda, por lo que la acción no puede prosperar".

[14] Véase artículo 755 CPC.

[15] Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.*, pp. 340 y ss. Son taxativas pero de una amplitud relativa, pues hay algunas causales muy socorridas (en el caso venezolano la injuria), pueden concurrir varias causales, y se orientan por el orden público. Véase concurrencia de causales (2 y 3 185 CC): Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 28-4-05, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/961-28-6907-02-.html

Veamos cada de las causales referidas por separado:

2.1 *ADULTERIO*[16]

El adulterio tradicionalmente se define como la unión carnal o sexual íntima entre un hombre y una mujer que no son cónyuges entre sí, cuando al menos uno de ellos está casado. Esto es, las relaciones sexuales entre una pareja heterosexual constituyen adulterio si uno o ambos están unidos en matrimonio con un tercero.

De la definición dada se derivan varios elementos a los fines de considerar tipificado el adulterio:

Primero, ha de tratarse de la unión carnal de *"hombre" y "mujer*", es decir, de una unión heterosexual, de tal suerte que la relación sexual entre dos personas del mismo sexo no constituye técnicamente "adulterio". Se ha indicado acertadamente que la unión homosexual ha de ser reconducida por vía de la causal de "injuria" por presentarse como una ofensa al cónyuge afectado[17]. Para quienes consideran que en caso de uniones homosexuales igualmente se vulnera la fidelidad o fe conyugal[18], valdría recordar que así como sólo puede existir en el estado actual de nuestro derecho matrimonio o concubinato entre hombre y mujer, lo mismo lógicamente aplica al adulterio.

---

[16] Véase: Carrillo Artiles, Carlos Luis: *El adulterio como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica al erróneo tratamiento jurisprudencial y doctrinal.* En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Vol. I, pp. 327-352; López, Nemecio A.: *El adulterio en sus efectos penales y civiles.* Caracas, Imprenta Bolívar, 1925; Sarmiento Polo, Juliana y Eusebio Andrés Carbo: *Las relaciones sexuales extramaritales y sus efectos en la legislación civil.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1991.

[17] Véase: López Herrera, *Derecho...*, T. II, p. 189; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 174; Viso, *Ob. Cit.*, p. 140; Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 78, "las relaciones de uno de los cónyuges con una tercera persona de su mismo sexo, son actos de homosexualidad, en ningún caso adulterio, aun cuando desde luego son constituyentes de la causal de injuria grave"; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 9-1-07, Exp. Nº 43.859-04, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/221-9-43859-.html; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, Sent. 1-12-03, Exp. 03-5179, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2003/diciembre/99-1-03-5179-.html

[18] Véase en este sentido: Carrillo Artiles, *Ob. Cit.,* p. 339.

Segundo, el adulterio supone en principio la *unión íntima carnal* o el ayuntamiento, es decir, la relación del acto sexual, que supone en sentido estricto la penetración del pene u órgano sexual masculino en el órgano correspondiente de la mujer. Ello significa que, al margen de la culminación de dicho acto, una vez acaecida tal penetración, se materializa el adulterio. La realización de actos sexuales distintos a la referida penetración (al igual que las relaciones homosexuales) deberá ser reconducida por vía de la causal de injuria. De ello se ha deducido que la penetración oral o anal no constituye técnicamente adulterio, lo que para algunos resulta ilógico, considerando la amplitud de dicho concepto en materia penal[19]. Materia en la que cierto sector doctrinario ha indicado que el acto carnal se constituye por "todo hecho por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) se introduce en el cuerpo de la otra por vía normal o anormal"; concepto que, a decir de Rodríguez, incluiría el coito anal u oral y es perfectamente aplicable al adulterio en divorcio si se dan los demás supuestos[20]. Y la verdad es que si bien el sexo oral pudiera considerarse formalmente dentro de una suerte de actos independientes o previos a la penetración, pretender la exclusión del adulterio con base a la penetración anal, realmente constituye un sentido exageradamente limitado de la expresión ayuntamiento o unión carnal. Por lo que sí nos parece que esta última, el coito anal o sodomía, podría subsumirse dentro de la noción de adulterio.

Lo anterior es importante, respecto a la *prueba* del adulterio[21], la cual al margen de alguna decisión aislada[22], en atención a la propia defini-

[19] Véase en este sentido: *Ibíd*.., p. 338, indica el autor que al limitar al adulterio al invaginación del pene en el sexo femenino y no incluir en éste la sodomía no se corresponde con el concepto dado en materia penal, según el cual (cita sentencia del 17-11-59) se verifica el delito por la penetración del pene por la boca o por el ano. De allí que el autor propone incluir en los elementos de la definición el sexo por vía anal u oral (*ibíd*., p. 339).
[20] Véase: Rodríguez, *Comentarios al...*, p. 79.
[21] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 190; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 174, la demostración precisa de que se han tenido relaciones carnales.
[22] Que declara con lugar el divorcio por tal causal en base a la declaración de un testigo. Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 4-5-06, Exp. Nº 7017, http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/1432-4-7017-06-.html

ción será de prueba directa casi imposible[23], algunos descartan inclusive la prueba testimonial[24], porque en esencia supondría la captación *in fraganti* en el acto[25], llegándose al extremo –salvo excepciones[26]– de indicar que ni si quiera el reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial constituye una prueba del mismo[27], como si fuese posi-

---

[23] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, 290; Bocaranda, *Guía...*, pp. 610 y 611; López Herrera, *Derecho...*, T. II, p. 190, con inclusión de la nota al pie N° 18, en la que indica que "con frecuencia nuestros tribunales desechan demandas de divorcio fundadas en la causal de adulterio, en base a que las pruebas aportadas no constituyen presunciones suficientemente graves de la unión carnal extramatrimonial de alguno de los cónyuges" y cita ejemplos al respecto.

[24] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 9-12-04, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2004/diciembre/390-9-16.040-.html. "Esta causal es definida en la doctrina como la relación sexual que mantiene la mujer, o el hombre casado, en su caso, con persona diferente a su cónyuge. Conforme al criterio del autor Nerio Perera Planas expuesto en su obra 'Causas de Divorcio' (pp. 97 y siguientes), para la configuración de esta causal es preciso que se den dos elementos, uno material, que son los hechos que lleven a la convicción del Juzgador, la evidencia de que los actos configurativos del adulterio se cometieron efectivamente mediante la práctica del acto sexual, se estaban cometiendo o se iban a cometer; y un elemento de carácter subjetivo, en el sentido de que los hechos que constituyen la causal son queridos por el cónyuge en falta, con conocimiento de su parte de que esos hechos configuran una violación al deber conyugal de fidelidad.

Ahora bien, siendo que esta causal la constituyen hechos concretos, su demostración no podrá efectuarse sino mediante la prueba testimonial y como quiera que la prueba de esa índole fue desechada, hay que concluir en que la causal en comento no ha sido probada en autos y así se decide". (Destacado nuestro).

[25] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, pp. 80 y 81, "La prueba del adulterio, su dificultad en la realidad. La causa de esa dificultad. Todos los medios probatorios están a la disposición de los cónyuges o de uno de los cónyuges para que en el juicio, prueba el adulterio. Pero la interpretación de los textos legales hace que los jueces pongan a las partes en el juego del acto sexual. Lo único que le interesa al Juez es que el marido o la mujer hayan sido sorprendidos *in fraganti* en el acto sexual. Si esto no se desprende de las pruebas promovidas y evacuadas en el proceso, el adulterio no existe. La sospecha, las pruebas indirectas o cualquiera otro indicio no valen por sí solos en materia de adulterio".

[26] Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Estado Falcón, Juez Segundo, Sent. 18-8-04, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2004/agosto/346-18-8611-s-n.html; NEI, Sent. 11-3-65, J.T.R., Vol. XIII, p. 33. La presentación al Registro Civil por parte de la cónyuge de hijos habidos de uniones extramatrimoniales, es prueba suficiente del adulterio.

[27] Véase: Bocaranda, *Guía...*, p. 608, "...hemos de ratificar nuestra opinión en el sentido de que el padre que reconoce un hijo adulterino no necesariamente puede ser acusado del delito de adulterio, a menos de que la cónyuge estuviese en condiciones de comprobar que el hijo en cuestión fue procreado en circunstancias concubinarias"; Carrillo Artiles, *Ob. Cit.,* pp. 348 y 349, el autor considera que el reconocimiento no implica coito, dada la existencia de la fertilización *in vitro* y que tal reconocimiento no puede constituir prueba del adulterio porque pretende proteger al reconocido. Véase igualmente *Ibíd*., pp. 351 y 352, crítica decisión del Juzgado Octavo de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 27-10-99, expediente N° 971661 que considera demostrado el adulterio en razón de la partida de nacimiento del hijo que constituye un instrumento público, la madre indica como padre a alguien distinto a su cónyuge.

ble –salvo por vía de la fertilización artificial– concebir un hijo sin mediar relaciones sexuales[28]. Tal situación para algunos constituye injuria[29]. De allí que la doctrina y la jurisprudencia, a fin de no llegar a calificar o tipificar una conducta tan grave a base de simples indicios, canaliza ciertas situaciones según señalamos en la causal de injuria[30]. Así por ejemplo, se ha considerado que el adulterio no resulta probado por la circunstancia de que la mujer entre a un hotel con otro hombre distinto a su marido[31], o comparta la casa de habitación con otro individuo o se realicen frecuentes llamadas telefónicas a otra persona[32],

[28] TSJ/SCS, Sent. N° 0005 del 1-2-06. "Para arribar a tal conclusión, explicó la Superioridad, que para tener un hijo con alguna mujer, es necesario tener relaciones sexuales con ella, a menos que se pudiera argumentar que se concibió por inseminación artificial o, en otras dimensiones, lo cual no fue el caso. Por otra parte, también explicó el Juez *ad quem*, que la referida partida de nacimiento en donde el propio cónyuge demandado declaró ante funcionario competente ser el padre del niño, es un documento público que produce fe hasta prueba en contrario, o hasta tanto sea tachado de falso". (Destacado nuestro).

[29] Véase: AMCSFM2, Sent. 21-2-96, J.R.G., T. 137, p. 89.

[30] Véase: Viso, *Ob. Cit.*, p. 141. "La causal ha debido ser eliminada del Código, por cuanto es difícil prueba y podría ser inmersa dentro de la injuria grave. Como dice Bocaranda 'debido a la dificultad probatoria seguirá siendo una causal ornamental'"; Mendoza, *Ob. Cit.*, pp. 121 y 122, es obvia la dificultad de la prueba del adulterio por tratarse del acto más íntimo de la vida, de allí que sea preferible invocar ese conjunto de hechos sospechosos de adulterio como injuria grave, en previsión de que el Juez no considere probado el adulterio.

[31] Véase: 10IC2, Sent. 8-1-54, J.T.R., Vol. IV, T. II, p. 94, no queda demostrado el adulterio de la mujer con la sola declaración de los testigos de haberla visto en actitud sospechosa entrando al dormitorio de un señor que no era su marido, pues el hecho íntimo del adulterio escapa a la percepción de sus sentidos.

[32] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 26-7-05, http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/128-26-1429-999.html. "Por otra parte, no está probado el adulterio alegado, por cuanto, para quien esta causa decide, no basta que una persona se pasee por el jardín en ropa interior (que por lo demás, no fueron suficientemente descritas, toda vez que hasta un traje de baños puede ser catalogado como ropa interior), para que se repute incumplido el derecho deber de fidelidad, o que permanezca dentro de la casa de habitación otra persona del sexo opuesto, por cuanto para que se declare con lugar el divorcio con base en la causal de adulterio, es necesario que se demuestre que hubo relaciones sexuales entre uno de los cónyuges y un tercero distinto a su pareja, lo que no ocurrió en el presente caso. No son tampoco demostraciones de la causal de adulterio las llamadas telefónicas que uno de los cónyuges pudo haberle hecho a otra persona, independientemente del número de veces que pudieron ocurrir, porque no hay forma de tener relaciones sexuales a distancia, telefónicamente. Cuando menos no es eso lo que tipifica el legislador como infidelidad; sin embargo, se trata de hechos que sí pueden ser considerados injuria grave que hacen imposible la vida en común".

pues ello configuraría "injuria"[33]. También se señala a falta de la prueba directa del adulterio que hacer vida marital con otra persona[34], dado el alejamiento del hogar común e incumplimiento de deberes conyugales configuraría la causal de "abandono"[35].

Sobre la distinción doctrinaria entre infidelidad social o moral e infidelidad objetiva o material[36], vale recordar que la que da lugar al adulterio es esta última porque implica la consumación del acto sexual. La primera, esto es, que supone una conducta sexualmente reprochable

[33] Véase: ZUSC, Sent. 14-5-52, J.T.R., Vol. II, pp. 57 y 58, la circunstancia de haber visto los testigos a la demandada besándose y acariciándose con un elemento distinto de su marido; entrar con ese elemento en lugares de dudosa reputación; haber manifestado la demandada que como su marido no podría darle un hijo a ella lo tendría como fuera, y la grave presunción que surge de los exámenes de laboratorio y declaraciones médicas examinadas, demuestran plenamente que la demandada ha venido observando una conducta no cónsona con su estado civil y gravemente ofensiva a la dignidad y honor de su marido, capaz de hacer imposible la vida en común, y que, por ende, la acción, con fundamento en la causal tercera, ha prosperado en derecho; ZUSC, Sent. 14-6-51, J.T.R., Vol. I, p. 179. El hecho de vivir la demandada con sujeto distinto de su marido, así no esté plenamente probado que haga vida sexual con esa persona, unido a las manifestaciones de esa misma demandada en el sentido de que no quiere a su esposo sino a otro hombre, dan margen a suspicacias y comentarios que gravemente hieren el honor, buen nombre y reputación del demandante y que, consiguientemente, encajan dentro de la causal tercera del artículo 185 del C.C.

[34] Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 24-11-06, Exp. 9361-05, http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1611-24-9361-05-.html " considera este juzgador que en el caso de marras, no quedó suficientemente demostrado el adulterio alegado por la parte actora, toda vez que si bien es cierto los testigos promovidos en la presente causa señalaron en sus declaraciones, que la ciudadana ...hace vida marital con otro señor y que la misma tiene un hijo fuera de su matrimonio, no es menos cierto que los mismos no señalan haber sorprendido a dicha ciudadana en plena realización del acto carnal, razón por la cual considera este juzgador, que al no haber prueba directa del adulterio alegado, tal causal de divorcio debe ser declarada sin lugar en la parte dispositiva del presente fallo". Sin embargo, la decisión declara con lugar el divorcio con base a la causal 2ª del artículo 185 CC.

[35] Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 15-11-04, Exp. 14.032, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/1125-15-14.032-.html; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Lara, Sent. 19-1-05, Exp. KP02-F-2003-000549, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/enero/653-19-KP02-F-2003-549-.html; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 18-4-05, Exp. No 03528, http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/1024-18-3528-1.html; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 18-4-06, Exp. Nº 05-6839-CF, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/803-18-05-6839-CF-06-04-34.html; Sala 4 del Despacho del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 31-5-05, Exp. 04652, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/524-31-4652-69.html

[36] Véase *supra* N° III.5.

pero que no concluye en la relación sexual, técnicamente no configura la causal en estudio sino, como indicamos podría subsumirse en la casual de injuria[37].

Tercero: Las relaciones sexuales entre hombre y mujer constituyen adulterio sólo si al menos uno de ellos está "*casado*", esto es, unido en matrimonio, por lo que no es predicable respecto del "concubinato". Ello, no obstante la equiparación entre matrimonio y concubinato en cuanto a sus efectos que prevé el artículo 77 de la Carta Magna, pero debe recordarse que este último constituye una situación de hecho que precisa ser declarada judicialmente para surtir efectos y respecto del cual no son exigibles (porque operan espontáneamente) los deberes inherentes al matrimonio, tales como la fidelidad. De allí que la unión concubinaria, dada su naturaleza unida a la tipicidad que precisa el adulterio, no da lugar a este último.

Cuarto: Se agrega que la unión sexual debe tener lugar en forma libre, *voluntaria* o intencional, lo que configura a decir de la doctrina el elemento subjetivo del adulterio (el elemento objetivo o material vendría dado por el acto carnal o cópula). De lo que se deduce que la parte demandada podría excepcionarse probando la coacción en la realización del acto sexual[38].

---

[37] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, Sent. 1-12-03, Exp. 03-5179, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2003/diciembre/99-1-03-5179-.html. "De allí que lo que no logró demostrar la demandada reconviniente, es precisamente la materialización o consumación de la relación sexual de su consorte con la ciudadana..., siendo que la demostración de este elemento real es necesaria, ya que no basta el simple flirt o la infidelidad moral, para hablar de adulterio, ya que debe forzosamente existir la realización del acto sexual mismo y a través de las documentales presentadas, las mismas no se relacionan en forma alguna para probar lo alegado por la parte promovente, referente al adulterio, así como tampoco arrojan las testimoniales elementos de convicción que puedan demostrar lo reconvenido por la parte demandada. Y así se declara".

[38] Véase al respecto: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 188, el autor cita el caso de violación, demencia e hipnosis: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 174; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 289, Viso, *Ob. Cit.*, p. 140.

El CC de 1982, atendiendo a la igualdad de sexos que inspiró parte de la Reforma, eliminó la mención discriminatoria que contenía el CC de 1942 que señala:

> El adulterio de la mujer, en todo caso, y el del marido, cuando mantenga concubina notoriamente, o cuando haya un concurso de circunstancias tales que constituya una injuria grave hacia la mujer.

Sin embargo, Torres-Rivero opina que no tiene la misma connotación el adulterio de la mujer que el del hombre, que generalmente responde a conductas pasajeras e instantáneas porque el de la primera puede traer el hijo de un tercero a la unión matrimonial[39]. Sin embargo, al margen de las consideraciones extrajurídicas relativas al género y superadas al menos formalmente con la Reforma del CC de 1982, vale observar que dicho texto sustantivo en su artículo 216 permite incorporar al hijo reconocido al hogar común con el consentimiento del cónyuge del reconociente[40].

[39] Véase: Torres-Rivero, Arturo Luis: *Mis Comentarios y Reparos a la Reforma del Código Civil en 1982*. Caracas, Imprenta Universitaria ,Vol. II, Parte segunda, 1987, pp. 24-30, p. 25, "Sin desmedro de lo ético de la causal "El adulterio" hoy vigente, en nuestra opinión ella (basta un hecho aislado de adulterio, único, aun fugaz, meteórico, desaparecido) es inconveniente –por no decir perjudicial–, puesto que facilita más, incentiva, estimula, la acción de divorcio o de separación de cuerpos por adulterio a incoar por la mujer, en muchas situaciones excesivamente impulsiva por demasiado celosa, lo que provocaría constantemente disolución o destrucción del matrimonio, máxime si se tiene en cuenta que en un medio como el venezolano el hombre incurre con frecuencia en conductas, más pasajeras, instantáneas, a manera de pecados veniales, sin ánimo de agraviar a la familia, ni de acabar con el matrimonio, y sólo con viso de liberalidades o libertades resultado de situaciones a veces hasta no queridas sino encontradas y que no trascienden o repercuten porque no dejan huellas o no pueden dejarla (a diferencia del adulterio de la mujer, el cual se puede manifestar en consecuencia seria, grave, en la prole matrimonial)".

[40] Situación fundamentalmente dirigida a los hijos extramatrimoniales del esposo de la mujer casada, pues respecto de los hijos de ésta funcionará la presunción de paternidad. Dicha norma prevé: "El hijo nacido fuera del matrimonio, una vez reconocido, no puede llevarse a la residencia familiar sin el consentimiento del otro cónyuge".

2.2 *EL ABANDONO VOLUNTARIO*[41]

El abandono se traduce en el "incumplimiento" de los deberes inherentes al estado de cónyuge[42]. Dicho abandono debe reunir las condiciones de grave, intencional e injustificado[43]. Tales deberes vienen dados entre

---

[41] Véase sobre dicha causal: Agudo Freytes, E.: *Crónica judicial. El abandono voluntario.* En: *R.C.A.L.*, Barquisimeto, 1940, N° 12, pp. 28-40; Carrillo Artiles, Carlos Luis: *El abandono voluntario como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica a cierta visión doctrinal.* En: *Studia Iuris Civiles. Homenaje a Gert F. Kummerow* Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 121-131; Lozada, Elías: *El caso de los criterios contrapuestos. La razón. I.- La razón del dicho. II.- La voluntariedad en el abandono. Ponencia presentada ante la Primera Asamblea de Funcionarios Judiciales celebrada en Caracas en enero de 1950*. En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, setiembre de 1949-junio de 1950, Ano XIV, N^os^ 59-63, pp. 111-122; Manrique Pacanins, G.: *Concepto legal de abandono voluntario del hogar.* En: *Revista de Ciencias Políticas,* Caracas, agosto de 1918, Año IX, pp. 91-97; Gutiérrez Arellano, Julio: *El abandono voluntario como causal de divorcio.* En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes,* Mérida, 1957, N° 6, pp. 71 y ss. (Citados por CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 184 al 185-A, *Ob. Cit.*, p. 113).

[42] Véase: CSJ/Cas., Sent. 25-2-87, J.R.G., T. XCVIII, p. 383. El abandono voluntario queda configurado por el incumplimiento en sí de las obligaciones conyugales, no por la manera como se las incumpla; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Mérida Nº 3, Sent. 11-4-06, Expediente Nº 11310, http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/1024-11-11310-1.html. "Todo incumplimiento grave, intencional e injustificado de los deberes de cohabitación, asistencia, socorro o protección que tienen los cónyuges está integrado por dos elementos esenciales, uno material que consiste en la ausencia del hogar y el otro moral, que es la intención de no volver; también puede entenderse por abandono, el absoluto desinterés en el cumplimiento de los deberes conyugales, como es el deber de vivir juntos, de prestarse ayuda o socorrerse mutuamente"; TSJ/SCS, Sent. N° 117 del 15-3-05. "En la sentencia recurrida se expresa claramente que el incumplimiento injustificado y voluntario de las obligaciones previstas para los cónyuges en los artículos 137 al 139 del Código Civil, constituye la causal de divorcio prevista en el artículo 185 ordinal 2º *eiusdem*, acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido por esta Sala en la sentencia Nº 287, de fecha 7 de noviembre de 2001".

[43] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sent. N° 287 del 7-11-01, R.C. N° 01-300, www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/c287-071101-01300.htm. "De conformidad con la doctrina antes expuesta, es forzoso para esta Sala concluir, que no encuadra la conducta de la demandada en la causal de abandono, es decir, no quedó demostrado el abandono voluntario de las obligaciones de cohabitación, asistencia, socorro y protección por parte de la cónyuge, por cuanto no se evidencia del fundamento dado por el Juzgador de Alzada, el incumplimiento grave e injustificado de forma intencional, puesto que el hecho de que en una carta misiva la cónyuge demandada haya alentado al actor reconvenido a dejar el hogar común, no basta para considerar que se haya configurado el supuesto de hecho del numeral 2º del artículo 185 del Código Civil, cuyo sentido resulta mucho más amplio, como ha sido desarrollado jurisprudencialmente". (Destacado nuestro); Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 19-7-07, Exp. N° 07-4431, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/julio/1191-19-07-4431-466.html. Véase sobre tales condiciones: Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 291; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 175; Viso, *Ob. Cit.*, pp. 144 y 145; Bocaranda, *Guía...,* pp. 613 y 614; Rodríguez, *Ob. Cit.,* pp. 85-88, el autor alude a "importante, injustificado e intencional".

otros[44] por los artículos 137 y ss. del CC, aun cuando la violación del deber de fidelidad física se materializa a través del adulterio al que nos referimos *supra* 1.1[45]. De allí que cuando por ejemplo, se incumpla el deber de "socorro" o en ocasiones el deber de "vivir juntos" podría configurarse la causal en estudio. Se refiere que cuando los cónyuges acuerdan separarse voluntariamente no media la presente causal[46], así como cuando existe la autorización judicial para alejarse del hogar común[47].

Es de indicar que la norma alude a abandono "voluntario", lo que supone necesariamente el elemento volitivo o intencional por parte de quien incurre en él. En consecuencia, no se configura la causal cuando el "abandono" o incumplimiento de las obligaciones conyugales no son producto de la intención o voluntad del cónyuge demandado, sino de circunstancias que no le son imputables a su conducta, tales como caso fortuito, fuerza mayor, necesidad económica, enfermedad, etc. Así por ejemplo, el incumplimiento de deber de socorro material u obligación de alimentos supone la voluntariedad, es decir, que teniendo medios económicos para cubrir cabalmente las necesidades de la pareja se incumplió deliberadamente tal deber de asistencia material. Por ello, si bien se observa que el "abandono" se presume "voluntario"[48], porque se confi-

---

[44] Decimos entre otros, porque se pretende sostener que los únicos deberes que tienen los cónyuges son los que taxativa y expresamente están contenidos en los artículos 137 y ss. del CC, siendo que además de los indicados media la obligación de respeto, de asistencia afectiva (que supera el ámbito material), de débito conyugal, etc.

[45] Véase: Viso, *Ob. Cit.*, p. 144, constituye "toda infracción grave de los deberes que impone el matrimonio, excepción hecha de la violación de la obligación de fidelidad que constituye la causal independiente de adulterio'.

[46] Véase: DFMSCM8, Sent. 18-7-83, J.R.G., T. LXXXIII, pp. 91 y 92. No se puede alegar abandono del hogar si los esposos acordaron al casarse vivir separadamente: ello pues la menor celebró el matrimonio con el acuerdo de seguir viviendo en la casa de su padre; DFMSC2, Sent. 4-4-67, J.R.G., T. XVI, p. 122. Cuando ambos cónyuges se hallan separados por mutuo acuerdo, ninguno puede alegar causal de abandono.

[47] Véase: DFMSCM1, Sent. 23-7-81, J.R.G., T. LXXIV, p. 16; DFMSCM7, Sent. 30-7-81, J.R.G., T. LXXIV, p. 101.

[48] Véase: CSJ/Cas., Sent. 24-4-75, J.R.G., T. XLVII, p. 317; CSJ/Cas., Sent. 29-9-82, J.R.G., T. LXXIX, pp. 399-402; CSJ/Cas., Sent. 5-8-81, J.R.G., T. LXXXIV, pp. 475-479; CSJ/Cas., Sent. 15-11-89, J.R.G., T. CX, p. 455).

gura por hechos que así lo denotan[49], se aclara que podría probarse la falta de tal elemento o requisito en razón de circunstancias ajenas al demandado[50]. Así mismo, se aclara que cuando el alejamiento del hogar común tuvo lugar en razón de la conducta del otro cónyuge tampoco se configura el abandono[51].

Ahora bien, en cuanto al deber de "vivir juntos" al que se refiere el artículo 137 del CC, vale aclarar según señala la doctrina y la jurisprudencia que tal obligación no puede entenderse en un sentido estricto y por ende pretender que existe abandono por el simple alejamiento del hogar común, sino que precisa adicionalmente –como es la esencia de su noción– el incumplimiento de los deberes conyugales. Significa que bien pudiera tener lugar un alejamiento material o físico del hogar co-

[49] Véase: Agudo Freytes, *Ob. Cit.*, pp. 32 y 33, "la prueba del hecho negativo, voluntariedad del abandono, resulta fácilmente presumible de la prueba del mismo abandono y la ausencia de un motivo verosímil que lo justifique"; Bocaranda, *Guía...,* pp. 615 y 616, "el ámbito probatorio respecto al abandono voluntario, es el siguiente:
1°) Al cónyuge demandante corresponde alegar y comprobar el incumplimiento grave e intencional de los deberes matrimoniales del otro cónyuge y que no dio causa al abandono. Este es el aspecto láctico.
2°) Comprobados estos hechos, se presume la voluntariedad del cónyuge demandado. Este es el aspecto anímico del abandono.
3°) Si el cónyuge demandado prueba eficazmente la no voluntariedad, la demanda debe ser declarada sin lugar...

[50] Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Los Teques, Sent. 12-2-07, Nº 15697, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/102-12-15.697-.html. Se precisa el concepto de abandono voluntario como causal de divorcio y además se ha establecido que si bien es cierto "el abandono se presume voluntario", ello debe entenderse no el simple abandono material que no es siempre prueba suficiente del abandono voluntario, sino el abandono rodeado de determinados hechos apreciables por los sentidos, de los que se pueda presumir voluntariedad de ese abandono; y estas pruebas son las que se le exigen a la parte actora, para que de las mismas, el Juez deduzca o presuma la voluntariedad del abandono alegado como fundamento de la causal de divorcio, pruebas éstas que además podría destruir o contrariar la parte demandada, al demostrar que tuvo motivos que justificaban su acción o proceder, de esta forma el demandado por abandono voluntario tiene la facultad de hacer la prueba en contrario, trayendo hechos demostrativos de un justo motivo para haberse separado y para no volver, pero no está obligado a establecer que la separación fue inmotivada, mucho menos si la actora tampoco probó sino que su marido reside en lugar distinto de donde estaba el hogar cuando vivían juntos.

[51] Véase: 1IC3, Sent. 20-4-56, J.T.R., Vol. V, p. 21. No existe abandono voluntario cuando un esposo deja la casa conyugal obligado por los actos de sevicia y de injuria del otro esposo; DFMSC8, Sent. 9-12-79, J.R.G., T. LXVII, p. 133. No existe abandono voluntario si la esposa deja el hogar conyugal debido a los malos tratos del esposo.

mún, aun cuando no medie autorización judicial, y no obstante seguirse cumpliendo con los deberes materiales y morales implícitos en la relación marital. Esto último por ejemplo, porque no obstante la separación física que bien pudiera ser justificada por razones laborales, familiares o de otro orden, se tuvo contacto periódico y efectivo (físico, telefónico, electrónicos, etc.); se cumplió el deber de socorro, de auxilio económico, etc.[52].

Igualmente, y como contrapartida, podría configurarse la causal de abandono sin mediar alejamiento material del hogar común, porque el concepto no gira en torno a un determinado espacio físico sino que está en directa relación con la satisfacción de las necesidades conyugales. De tal suerte, que una pareja de esposos podría convivir bajo el mismo techo y sin embargo, mediar un evidente incumplimiento de las obligaciones maritales[53]. De allí que se precisa para algunos –más que el elemento material o alejamiento– básicamente del elemento moral[54].

Así por ejemplo, ha señalado la doctrina y la jurisprudencia acertadamente que dentro del concepto de abandono se incluye la negativa al

[52] Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Los Teques, Sent. 12-2-07, Nº 15697, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/102-12-15.697-.html "la separación material de los cónyuges no es siempre prueba suficiente del abandono voluntario. Dos cónyuges pueden vivir en casas y hasta en poblaciones distintas y, sin embargo, no haber incurrido ellos en el abandono voluntario capaz de disolver el vínculo conyugal por divorcio y que puede darse el caso que los esposos vivan bajo el mismo techo y, sin embargo, haberse consumado entre ellos el abandono voluntario por encontrarse separados realmente de cuerpo y espíritu".

[53] Véase: 131C, Sent. 28-4-54, J.T.R., Vol. IV, T. I, p. 88; y DFMIC5, Sent. 9-3-66, J.T.R., Vol. XIV, p. 49. El vivir con una persona no implica, necesariamente, hacerlo maritalmente y mucho más si no se señalan las vinculaciones que pudieren existir entre esas personas y que hagan presumir el trato amoroso; DFMIC3, Sent. 7-12-62, J.T.R., Vol. X, p. 3, se puede vivir en el hogar común y, sin embargo, puede configurarse el abandono si el cónyuge culpable no cumple con los múltiples deberes que impone el matrimonio. En cambio, los cónyuges pueden vivir separados por circunstancias diversas sin que se llegue a configurar la causal de abandono "voluntario"; DFMSC5, Sent. 8-2-79, J.R.G., T.LXIV, p. 55, es posible el abandono voluntario del hogar, no obstante que las parejas comparten el mismo techo, en razón de que la referida causal de divorcio no está legalmente referida a la ausencia física del hogar por parte de uno de los cónyuges.

[54] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 82, "El abandono voluntario tiene dos aspectos: uno material, que consiste en el abandono propiamente dicho, ausencia intencional de uno de los cónyuges del hogar; y otro moral, que consiste en la omisión a los deberes espirituales de coparticipación, convivencia, estímulo o tolerancia con el otro cónyuge. Es el olvido intencional de la existencia del otro cónyuge".

débito conyugal, esto es, a mantener relaciones sexuales, pues éstas constituyen una natural y obvia necesidad de la pareja unida en matrimonio. Señalamos en otra oportunidad que quienes precisan un pronunciamiento expreso del legislador al respecto, para concluir que ello constituye una obligación, desconocen que hay menciones que por obvias no constituyen tarea legislativa[55]; si el sexo no fuese importante para el matrimonio, la impotencia manifiesta y permanente no constituiría causal de nulidad de éste, de conformidad con el artículo 119 del CC[56]. Al efecto, ha indicado acertadamente la doctrina y la jurisprudencia que "El abandono voluntario de los deberes del matrimonio, implican, el no cumplimiento de los deberes del matrimonio y comprende desde el deber de cumplir el *débito sexual*, tanto del marido como el de la mujer, hasta el socorro mutuo que se deben los esposos"[57]. Así pues, la jurisprudencia ha considerado que la abstención al débito conyugal configura la causal de abandono[58], a pesar de que para algunos "la ne-

[55] Véase en este sentido: Carrillo Artiles, *El abandono voluntario...,* pp. 130 y 131, indica que el autor que afirma la obligatoriedad del débito conyugal en tiempos actuales genera "absoluta sorpresa y estupor", pues no aparece enunciado en las obligaciones de los artículos 137 y 139 del CC, no es susceptible de coercibilidad y pensar lo contrario sería legitimar conductas reprochables sobre la libertad sexual del consorte, "al extremo de consumarse de alguna manera el ilícito penal de violación". A lo anterior cabe observar que obviamente por no ser posible un cumplimiento coactivo de tan primario deber es que se configura el abandono; la libertad sexual no puede vulnerar las necesidades y derechos del otro cónyuge cuando la negativa se hace reiterada e injustificada.

[56] Véase nuestro comentario en: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* p. 625, nota 20, indicamos a propósito de los elementos de la interpretación y la pretensión de que lo único que existe es lo que está escrito: "Pensar por ejemplo que el débito conyugal no se encuentra dentro de los deberes conyugales porque no está expresamente consagrado a la ley, es creer que el legislador es un ser omnipotente que debe prever en el texto de la ley, aspectos que son producto de la lógica jurídica, el fin de la ley y el propio sistema: si el sexo no fuese importante para el matrimonio, la impotencia no constituiría causa de nulidad del matrimonio".

[57] Véase: López Herrera, *Derecho...*, T. II, p. 196; Rodríguez, *Comentarios al....*, pp. 84-86. Sala de Juicio N° 1 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 22-9-06, Exp. 19757, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/228-22-19757-.html (Destacado nuestro).

[58] DFFSC10, Sent. 2-5-78, J.R.G., T. LX, p. 187. "El hecho de que el marido se niegue a tener relaciones íntimas con su esposa, manifestando que "sólo la quiere como a una hermana" constituye violación de los deberes conyugales; DFMSC22, Sent. 1-8-60, J.T.R., Vol. VIII, p. 4. La negativa injustificada de uno de los cónyuges a cohabitar con el otro, o mejor dicho, el incumplimiento del llamado "débito conyugal", configuran la causal de abandono voluntario, aun cuando ambos cónyuges moren bajo el mismo techo.

gativa al débito conyugal no se puede comprobar en juicio, dado que es de su esencia la intimidad"[59]. Sin embargo, esta última está presente en diversas causales sin que ello sea óbice para su prueba, al igual que la impotencia como causa de nulidad del matrimonio.

El *Proyecto de Ley que regula el Matrimonio y su disolución. Julio, 1979,* disponía dentro de las causales de divorcio contencioso en su artículo 165, numeral 7, *"*Disfunciones sexuales que perturben o impidan las relaciones entre la pareja". Y en sentido semejante el *Anteproyecto de Ley sobre Igualdad Jurídica de las Personas en cuanto al Matrimonio y a la Familia. Octubre, 1975*, indicaba en su artículo 190, ordinal 7°: "*La impotencia permanente para la cópula carnal, aun cuando sea anterior al matrimonio"*. Obsérvese que en tales Proyectos las afecciones sexuales, como la disfunción y la impotencia, aunque ciertamente involuntarias eran consideradas como causal de divorcio, dada la evidente relevancia del sexo en la relación matrimonial. Sin embargo, a la luz del derecho vigente la negativa al débito conyugal precisa ser voluntaria, como es característica de la causal, por lo que no procedería en circunstancias ajenas a la voluntad como es el caso de enfermedad. Circunstancia ésta que no deja de resultar injusta considerando que la deficiencia sexual puede afectar al vínculo matrimonial tanto como la deficiencia intelectual grave que el legislador consagró en el numeral 7° del artículo 185 CC. Otros autores como D'Jesús y Bocaranda incluyen la negativa a mantener relaciones sexuales como ejemplo de injuria[60], por lo que cualquiera que sea la solución que le dé la doctrina al asunto ciertamente se configura como causal de divorcio.

[59] Véase: Mendoza, *Ob. Cit.,* p. 130, agrega que los comentarios que la esposa pueda hacer a terceras personas de nada valen en estrados, puesto que son testigos referenciales y la declaración del cónyuge no la puede apreciar el juez porque equivaldría a divorcio por mutuo consentimiento.

[60] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 83; "la negativa a satisfacer las necesidades sexuales"; Bocaranda, Guía..., p. 621. "El negarse a satisfacer el débito conyugal en forma injustificada" *infra* N° V.3.3.

Sin embargo, pensamos que el asunto se traduce en un incumplimiento a los deberes conyugales y no propiamente en una ofensa a la dignidad[61].

De manera que dentro de la causal de "abandono voluntario" se incluyen múltiples conductas de inercia, dejadez e indiferencia, material o moral que se traducen en el quebrantamiento de los deberes primarios que sustentan el vínculo matrimonial.

Vale aclarar aunque parezca obvio, que con la Reforma del CC de 1982 los cónyuges fijan de mutuo acuerdo su residencia de conformidad con el artículo 140 del CC[62] o más precisamente el domicilio conyugal se determina de conformidad con el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil. De tal suerte que, a raíz de dicha reforma que tiene más de veinte años, la mujer ya no tiene que seguir al marido donde éste fije su residencia, por lo que en modo alguno cabe sostener en nuestro dere-

[61] Véase en este sentido: Urbaneja, Alejandro: *Comentarios a la Sección 10ª, Título IV, Libro I del Código Civil de 1904*. Caracas, Imprenta Bolívar, 1904. pp. 77-79 (Citado por CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 184 al 185-A..., *Ob. Cit.*, pp.) Es una obligación de los cónyuges el vivir juntos para satisfacer las necesidades fisiológicas de la reproducción de la especie y para socorrerse mutuamente. La negativa a cumplir este deber es un hecho que no constituye un delito penal, pero que ataca el derecho del otro cónyuge. No puede confundirse con el delito penal calificado de injuria grave, pero acarrea la misma consecuencia civil: el divorcio; pero esa falta al deber de cohabitación y de socorro mutuo, y que es lo que constituye, en su sentido jurídico, el abandono, no trae deshonor ni descrédito al cónyuge que lo sufre; esa falta, por sí sola, no indica haber sido cometida en desprecio suyo; acusa un hecho de mayor trascendencia: la ruptura moral del vínculo conyugal; la terminación del matrimonio por la muerte del amor".

[62] Véase: Sala de Juicio Nº 1 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 22-9-06, Exp. 19757, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/228-22-19757-.html. "El cónyuge que abandona el domicilio conyugal debe tener la intención de hacerlo. Independientemente que surja en la voluntad de reintegrarse al domicilio conyugal posteriormente; b) Que el abandono configure una decisión definitiva con miras a algo duradero. Es importante tener en cuenta el artículo 11 de la Ley de Derecho Internacional Privado que dice: El domicilio de una persona física se encuentra en el lugar donde tiene su residencia habitual, y el artículo 12 de la misma Ley sostiene, la mujer casada tiene su domicilio propio y distinto del marido, si lo ha adquirido de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior. Ello significa que si la mujer casada por cualquier circunstancia establece su domicilio en otro estado por razones de haber fijado la residencia en otra parte, su domicilio puede ser distinto al del marido. Pero siempre persiste la figura del domicilio conyugal estando en vigencia el artículo 140 A: El domicilio conyugal será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecido de mutuo acuerdo, su residencia. En caso de que los cónyuges tuvieren residencias separadas, de hecho o en virtud de la autorización judicial prevista en el articulo 138, el domicilio conyugal será el lugar de la última residencia común".

cho vigente, tal circunstancia dentro de la causal bajo análisis[63]. El juez no puede decidir la residencia común en caso de desacuerdo de los cónyuges, porque tal decisión corresponde a éstos, aunque puede conferir autorización para alejarse por justa causa del hogar común. De allí que el cambio de residencia debe ser decidido por ambos cónyuges[64]. Precisamente dada la igualdad plena que consagra el orden legal respecto de los deberes-derechos de los cónyuges[65], no es pertinente referirse a la existencia de abandono en razón de "la negativa de la ***mujer*** a cumplir los deberes hogareños elementales"[66]; los deberes del hogar son comunes y correlativos.

Se ha indicado respecto del abandono –pero ello vale para cualquiera de las causales indicadas– que los hechos narrados por el actor en el libelo de demanda deben ser precisos, detallados y concretos a los fines de que el Juzgador pueda subsumirlos en la causal alegada, por lo que deben evitarse descripciones genéricas e imprecisas[67].

---

[63] Véase no obstante señalando tal impropiedad: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, de Protección del Niño y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 13-12-05, Exp. Nº 05-4230, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2005/diciembre/1191-13-05-4230-340.html. "También sostiene la doctrina que sería causa de divorcio involucrada en ese numeral, el hecho positivo de uno de los cónyuges de separarse sin causa justificada de la casa común; también lo sería el hecho negativo de la esposa de no seguir voluntariamente al marido al sitio donde éste fije su residencia, también cuando, pudiéndolo, uno de los esposos se niega a prestarle su socorro al otro".

[64] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La sede jurídica*. En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, p. 490; Montoya, *Ob. Cit.*, p. 18.

[65] Véase: artículo 137 CC, 77 de la Constitución y art. 5 LPFMP.

[66] Véase en este sentido, citando sentencia que no precisa fecha: López Herrera, *Derecho...*, p. 196, nota 41. (Destacado nuestro).

[67] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 13-7-04, Exp. 47.700, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/722-13-47.700-79D-130704.html. "Este Sentenciador observa que el demandante en su escrito libelar narra los hechos demostrativos de la causal demandada, no precisando cuáles fueron las desavenencias que en forma inesperada se suscitaron en el seno familiar que no fueron subsanadas, tal modo de narrar los hechos constitutivos de la causal de abandono resulta genérica e imprecisa, por cuanto la parte actora no hace precisión en su demanda de los hechos que configuran la causal de abandono, limitándose a narrar hechos de manera vaga, abstracta y genérica, sin determinar las circunstancias de tiempo y modo en que ocurrió tal abandono, toda vez que para que los hechos que constituyen el abandono voluntario configuren una causal suficiente para declarar con lugar la acción vincular, se deben cumplir tres condiciones, a saber: que sea grave, intencional e injustificado. La gravedad debe constituir una actitud definitiva que adopte el cónyuge culpable de abandono no una actitud pasajera y causal de disgusto o pleitos normales y comunes entre cónyuges,

Finalmente, cabe preguntarse si la situación del "*ausente*"[68], es decir, aquel del que se duda de su existencia, podría subsumirse en la presente causal, y la doctrina generalmente responde negativamente alegando que no puede sostenerse la "voluntariedad" del abandono, respecto del ausente[69]. De allí que sería útil consagrar la "ausencia declarada o declaración de ausencia" como causal de divorcio autónoma tal como es considerado por el Proyecto de CC de 1931, pues en nuestro derecho vigente tampoco figura la presunción de muerte como causa de extinción del vínculo conyugal[70]. Pero actualmente, la única opción posible sería subsumir tal situación en la presente causal, a los fines de no dejar al cónyuge del ausente en una situación de incertidumbre indefinida violatoria de sus derechos personales, y porque además el abandono ha de presumirse voluntario, al margen de las circunstancias que propician la ausencia.

2.3 *LOS EXCESOS, SEVICIA E INJURIAS GRAVES QUE HAGAN IMPOSIBLE LA VIDA EN COMÚN*[71]

El exceso es todo acto de violencia o de crueldad que supera al maltrato ordinario; sevicia supone crueldad excesiva en el sentido de maltrato

---

deber ser intencional, vale decir, voluntario, no producto de circunstancias que hayan obligado al cónyuge culpable de abandono a tomar tal actitud, e injustificado en el sentido de que dicho cónyuge no tenía justificación para incumplir sus obligaciones conyugales. De la narración genérica, abstracta e imprecisa realizada por la parte actora de los hechos que en su criterio configuran la causal de abandono voluntario de los deberes conyugales por parte de la ciudadana Rosaura Figueredo Flores, no puede este Tribunal determinar si efectivamente, tales hechos son graves e injustificados, por lo que es forzoso concluir que no se encuentra configurada la causal de abandono voluntario suficiente para declarar la disolución del vínculo matrimonial y así se decide"; DFMSFM4, Sent. 28-10-91, J.R.G., T. CXIX, p. 29. No basta con expresar que el esposo adoptó una conducta de abandono, desprecio, crueldad, etc., es necesario, precisar los hechos; Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 91, "la parte actora deberá indicar en su libelo de demanda los hechos que, a su juicio configuran el abandono voluntario e, igualmente las fechas aproximadas de la ocurrencia de tales hechos".

[68] Véase artículos 418 y ss CC.

[69] Véase: Binstock, Hanna: *La presunción de muerte por accidente en la Legislación Venezolana.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, Cuadernos Colección Derecho Civil 2, 1974, p. 42, cita a Herrera Mendoza "...si es incierta la existencia misma del ausente, más incierta tiene que ser su voluntad"; Hung, *Ob. Cit.*, 2001, p. 456.

[70] Como lo previó los artículos 189 y 163 del Anteproyecto de Ley sobre la igualdad jurídica de las personas en cuanto al Matrimonio y a la Familia de 1975 y el Proyecto de Ley que regula el matrimonio y su disolución, respectivamente. El artículo 164 de este último señalaba la posibilidad de restablecimiento del matrimonio en caso de regreso del ausente. Véase: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 184 al 185ª, *Ob. Cit.*, p. 62.

[71] Véase: Valenti, José J.C.: *Las injurias graves como causal de divorcio.* Buenos Aires, De Palma, 1970; Andrade Delgado, Octavio: *Causa 3 del Art. 185 del Código Civil.* En: *Revista de la Facultad de Derecho,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, enero de 1957, N 10, pp. 255-267.

constante y habitual (que si bien no compromete necesariamente la vida o salud hace imposible la vida común); y la injuria alude a todo agravio hecho de palabra o de obra[72]. Se aclara que los "excesos" y la "sevicia" responden la idea de violencia y crueldad, mientras que la injuria constituye una ofensa a la dignidad del cónyuge, bien se traduzca en hechos o palabras. Se agrega –según la propia norma– que las mismas deben hacer imposible la vida en común[73].

Se indica en relación a la diferencia entre exceso y sevicia que el primero supone crueldad y, si se quiere, gravedad; pudiendo quedar configurado por un solo hecho; en tanto que la sevicia puede no ser tan grave pero su reiteracción (aunque no sea indispensable)[74] aunque no sea una situación evidente, hace incómoda y penosa la vida en común. Comenta Perera Planas que la sevicia implica una intención dañosa, dirigida a procurar una lesión física o moral en el otro cónyuge, y que presupone la repetición sistemática de hechos tendentes a la obtención del fin propuesto. El exceso puede estar representado por un solo hecho; la sevicia requiere de la reiteración. El exceso puede ser una conducta dirigida en un sentido o diferentes alternativas. La sevicia va dirigida en un solo sentido, es un solo tipo de conducta. La sevicia es más bien solapada, el

[72] Domínici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano (Reformado en 1986)*. Caracas, Ediciones JCV Logos C.A., 1951 –reproducción de la primera edic. de 1897–, T. I, pp. 228 y 229. Véase también: Sanojo, *Ob. Cit.*, pp. 178 y 179; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 292; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 175; Viso, *Ob. Cit.*, pp. 146 y 147. Granadillo, *Ob. Cit.*, p. 256; Rodríguez, *Comentarios al...,* p. 93.

[73] Véase: Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Apure. Sent. 15-1-08, Exp. N°: 15.326, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2008/enero/443-15-15.326-.html. "Los excesos son actos de violencia ejercidos por uno de los cónyuges en contra del otro, que pone en peligro la salud, la integridad física o la misma vida de la víctima. La sevicia, son los maltratos físicos que un cónyuge hace sufrir a otro; casi siempre es invocada por la mujer. Debe ser apreciada por el Juez de acuerdo con las costumbres del lugar y del respectivo estrato social. Injuria grave, es el ultraje al honor y la dignidad del cónyuge afectado y asume diversas modalidades, es una sevicia moral. Para que el exceso, la sevicia o la injuria configuren la causa de divorcio, es preciso que reúna características de ser graves, intencionales e injustificada".

[74] Se aclara que la "reiteración" no constituye requisito ni de los excesos, ni de la sevicia ni de la injuria Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 293. "Se ha planteado la discusión acerca de si, para que se admita la gravedad de tales hechos, es necesaria su reiteración, su repetición. En realidad, la ley no exige la habitualidad por lo que un solo acto de exceso, de sevicia o de injuria grave, puede hacer imposible la vida en común y constituir, por tal razón, causal de divorcio". En el mismo sentido: Viso, *Ob. Cit.*, p. 149.

exceso está al descubierto, es observable a simple vista[75]. En el mismo sentido indica D'Jesús: "La jurisprudencia y la doctrina distinguen entre 'excesos y sevicia'. Excesos son los actos de violencia física de un cónyuge contra el otro que ponen en peligro la integridad física, la salud o la vida de la víctima. Sevicia, conlleva implícita la idea de 'crueldad' de un cónyuge para con el otro, voluntaria, no provocada, que profiere un cónyuge contra el otro; no hace falta que sea repetitiva ni consuetudinaria"[76]. Los excesos y sevicias para algunos se asocian a la integridad física y la injuria se orienta mayormente a la ofensa moral[77].

Finalmente, el concepto de injuria es diverso al del Código Penal[78] y, por ende, mucho más amplio; dentro de la injuria cabe cualquier ofensa o agravio de hecho o de palabra[79] que afecte la dignidad del cónyuge. Cualquier improperio, grosería o comentario que afecte el honor del cónyuge constituye una injuria de palabra. La injuria puede configurar-

[75] Perera Planas, *Causas...*, p. 275.
[76] D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 82. En el mismo sentido, véase: Bocaranda, *Guía...,* p. 617. "Tanto la doctrina como la jurisprudencia atribuyen a los conceptos de 'excesos' y 'sevicia', la idea básica de violencia y crueldad, materializadas en actos de maltrato físico de un cónyuge contra el otro. Igualmente está de acuerdo en que la diferencia es marcada únicamente por el hecho de que mientras los excesos ponen en peligro la salud, la integridad o la vida misma de la víctima, la sevicia, no produce necesariamente estos efectos, sino el de hacer insoportable la vida en común".
[77] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 26-4-07, Exp. Nº 06-6232, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/abril/99-26-06-6095-.html. "Ahora bien, con relación a la causal tercera, invocada por la actora en su escrito libelar, resulta atinente señalar que, si bien tal causal está sentada como única, exegéticamente se pone de manifiesto por la disyuntiva incluida, que debe tenerse y así lo tiene la jurisprudencia patria y la doctrina, como tres estados de hecho que aisladamente constituyen violaciones del status matrimonial, siendo las dos primeras (excesos y sevicia) circunstancias, en mayor la primera, cuya realización voluntaria o ilegal por uno de los cónyuges, ponga en peligro o simplemente lesione la integridad física del otro cónyuge víctima, dejando para la injuria grave, la esfera moral, la personalidad intrínseca del ofendido, integrada por la suya propia en el sentido lato y todo aquello que lo circunde y le esté ligado en forma tan estrecha, que cualquier lesión verbal o física, en manera grave afecte la integridad afectiva del cónyuge que tenga y deba tener, tal injuria como irrogada a sí mismo".
[78] Véase: DFMSC2, Sent. 21-2-67, J.R.G., T. XVI, p. 71.
[79] Véase: DFMSC2, Sent. 3-4-62, J.T.R., Vol. X, p. 323, constituyen injuria grave, tanto los insultos por medio de la palabra hablada o escrita, como las acciones que, sin consistir en palabras o calificativos injuriosos, tienen carácter de ofensas ultrajantes para el cónyuge.

se en un solo acto[80], se traduce en obras, omisiones y actitudes que violentan o vulneran la autoestima o reputación del cónyuge[81]. Las palabras hirientes, los insultos, la imputación de acciones u omisiones inciertas inclusive por vía judicial[82], que resulten perjudiciales para el decoro y vulneren la esencia o integridad moral del sujeto constituyen injuria. Las acciones u omisiones que constituyan una ofensa, agravio o abuso configuran igualmente esta causal[83]. Es en definitiva la ofensa grave al

[80] Véase: CSJ/Cas., Sent. 4-8-77, J.R.G., T. LVII, p. 484; CSJ/SCMT, Sent. 14-6-67, G.F. N° 56, 2a. E., p. 5; DFMSC1, Sent. 5-12-80, J.R.G., T. LXXI, p. 21.

[81] Véase: Domínici, *Ob. Cit.*, pp. 228 y 229. En la palabra injuria entendemos comprendida la calumnia: la falsa imputación de un delito de un consorte contra otro es de mayor trascendencia que los conceptos despreciativos o difamatorios, para alterar la armonía conyugal. El marido que imputa calumniosamente a la mujer relaciones amorosas con un hombre la injuria gravemente; la mujer que imputa falsamente al marido haber cometido un hurto, un incesto, etc., lo agravia sobre manera"; Granadillo, *Ob. Cit.*, p. 258; Sanojo, *Ob. Cit.*, p. 179, la comisión de todo acto por parte de uno de los esposos que ofenda a aquellos elementos inherentes de la personalidad; todas las palabras, hechos o escritos ultrajantes con que uno de los cónyuges atenta al honor o a la consideración debida al otro o que manifiestan contra él sentimiento de odio, de aversión o de desprecio". Véase en sentido semejante: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 175; D´Jesús, *Ob. Cit.*, p. 82; Viso, *Ob. Cit.*, p. 147.

[82] Véase: DFMSC6, Sent. 7-7-75, J.R.G., T. XLVIII, p. 94. La imputación de adulterio hecha por un cónyuge al otro en el libelo de la demanda es causal de divorcio; DFMSC6, Sent. 8-7-75, J.R.G., T. XLVIII, p. 96. Es procedente el divorcio debido a las injurias vertidas en el libelo; DFMSCM10, Sent. 7-12-83, J.R.G., T. LXXXIV, p. 133. En sentido contrario: DFMSC8, Sent. 27-7-78, J.R.G., T. LXI, pp. 159-163. Las injurias vertidas en el libelo, no tipifican la causal 3ª del artículo 185 del Código Civil.

[83] Tales como abandonar al cónyuge en un lugar, el arrojar cosas sobre él o echarlas al suelo, romper o botar sus pertenencias, realización de conductas sexuales que no lleguen a constituir adulterio, etc. Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 82 y 83, señala "la tentativa de adulterio, las ofensas y los ultrajes de palabra o gesto escrito, la intimidad de un cónyuge con tercera persona, la violación del deber de cohabitar, la negativa del marido en recibir en el domicilio a su esposa, la negativa del marido de recibir a su esposa en el sitio de trabajo, la negativa de la mujer a asistir a su marido en caso de enfermedad o de abandonarlo sin recursos, la mala administración de los bienes comunes con el fin de dejar a la mujer en la indigencia, los celos morbosos de un cónyuge para con el otro que le impiden su trabajo o separación, la falta de consumación del matrimonio, la negativa a celebrar matrimonio eclesiástico, la negativa a satisfacer las necesidades sexuales, la negativa a tener hijos o las brutalidades que cometen contra los hijos comunes por ideas educativas o religiosas, el vicio de la homosexualidad, el enamoramiento del servicio doméstico, etc., han sido considerados como hechos de injuria y causales de divorcio; Bocaranda, *Guía...,* pp. 621 y 622. "Tomando como base elementos doctrinarios y de jurisprudencia, podemos señalar como hechos constitutivos de 'injuria', los siguientes: Las ofensas directas, de palabra o por escrito. Los hechos de menosprecio públicamente realizados - Los hechos de burla o sorna de los que se haga objeto al cónyuge en presencia de otras personas - El negarse a celebrar matrimonio religioso, cuando el mismo ha sido prometido - El negarse a satisfacer el débito conyugal en forma injustificada - Las calumnias o falsas imputaciones - Las imputaciones ofensivas hechas con *animus injuriandi* dentro del juicio - La promoción de acción de divorcio carente de fundamento - El atentado

honor o dignidad del ofendido[84]. Se ha incluido también las ofensas proferidas a los familiares de éste[85].

Así pues, múltiples son los ejemplos de injuria que ha referido la jurisprudencia por ser atentados contra la dignidad del cónyuge: la transmisión de una enfermedad venérea, los insultos, la declaración de la mujer de tener un hijo extramatrimonial, el trato grosero y ultrajante, pretender la convivencia del cónyuge con quien fue su concubina, el convivir con alguien distinto al cónyuge, modales y palabras vulgares para impedir la libertad religiosa, besarse y acariciarse con alguien distinto al cónyuge, la falsa denuncia al cónyuge ante las autoridades, la calificación de "prostituta", "vagabunda", así como "expresiones burdas de lenguaje bajo", propinar golpes o atentar contra la vida o la integridad física del otro, la propuesta de divorcio en país extranjero al margen del *exequátur,* manifestaciones de desprecio de la virilidad del cónyuge, la negativa a celebrar matrimonio eclesiástico en ciertos

contra la vida o la integridad física del cónyuge - El presentarse alguno de los cónyuges como soltero - Los actos de infidelidad, cuando haya el cuadro fáctico completo del adulterio - Exponer a uno de los cónyuges a ser objeto de burla por parte de los demás - Asistir a determinados lugares que por sí, debido a las circunstancias, se consideran poco honrosos - La condenación por delitos que no constituyan la causal autónoma de 'condenación a presidio' - La condenación de uno de los cónyuges por la realización de hechos indignos y delictivos, como el tráfico de estupefacientes - El trato grosero y ultrajante - El hecho de salir de paseo con otra persona según las circunstancias y aun contra del consentimiento del otro cónyuge - El ocultar hechos graves ocurridos antes de contraer matrimonio - La conducta infamante de uno de los cónyuges, que redunde en contra de la respetabilidad o buen nombre del otro".

[84] Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Estado Falcón, Juez Segundo, Sent. 18-8-04, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2004/agosto/346-18-8611-s-n.html "La injuria desde el punto de vista estrictamente jurídico implica, como se ha señalado, un ataque directo que uno de los cónyuges, por sí mismo, privadamente o con publicidad, ejecuta contra el honor del otro, mediante el cometimiento de un acto (expresión verbal, escrito, dibujo, hecho), dirigido a ofenderlo, deshonrarlo, desacreditarlo o menospreciarlo. Ese acto debe ser capaz de atentar contra el crédito y la estima inherentes a la cualidad e intimidad de la persona y, en consecuencia, para apreciar la existencia de la injuria es preciso considerar el lugar, la ocasión, el carácter, personalidad y cultura, las relaciones entre ofensor y ofendido, los antecedentes del hecho y, en general, las circunstancias del mismo. Se requiere del *animus iniurandi* (deseo de ofender); no bastando el simple *animus iocandi* (deseo de molestar o bromear)".

[85] Véase: DFMSC8, Sent. 2-8-79, J.R.G., T. LXVI, p. 209; DFMSC5, Sent. 15-4-77, J.R.G., T. LVI, p. 71.

casos, etc.[86]. Se señala todo hecho que turbe al cónyuge en el ejercicio de sus derechos[87].

De allí el carácter genérico y residual que le atribuye la doctrina a la "injuria", pues se llega a indicar que en la misma podría caber cualquier ofensa que no encuadre o pueda ser subsumida en otra causal. Así expresamente lo admite Bocaranda: "En general, podríamos decir que la injuria constituye base de procedencia del divorcio cuando uno de los cónyuges expresa palabras o realiza actos que lesionan la dignidad del otro cónyuge, a condición de que se trate de hechos que no cuadren directa y plenamente en algunas otras de las causales previstas por el artículo 185 del Código Civil"[88].

Se ha indicado que en consonancia con otras causales que agregan "que hagan imposible la vida en común" para denotar "gravedad" que propiciará la extinción del vínculo matrimonial, tal gravedad es igualmente predicable o exigible tanto de los excesos, como de la sevicia como de la injuria[89]. La sutil distinción teórica entre los cita-

---

[86] Véase: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 184 al 185-A..., pp. 273-290.
[87] Véase: Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 20-4-05, Exp. N° 5.717-05, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/350-20-5717-05-38.html. "Para esta Superioridad del Estado Guárico, todo hecho que turbe al cónyuge, de cualquier forma, en el goce de sus derechos privados o que tienda a obligarle a ejecutar lo que no esté de acuerdo con la opinión pública o con sus propias convicciones y, en suma, todos los hechos con que uno de los cónyuges, sin necesidad alguna, haga gravemente, moleste la vida del otro, constituyen esta causal Tercera del Artículo 185 del Código Civil".
[88] Bocaranda, *Guía*..., p. 621.
[89] Véase: Perera Planas, *Causas...,* pp. 282 y 283. Cuando el Legislador venezolano expresa: 'Excesos, sevicia o injuria grave', ¿refiere este adjetivo señalando en último término solamente la injuria o debe entenderse que lo aplica igualmente a los excesos y a la sevicia? Nosotros consideramos que debe entenderse aplicable a cualquiera de los términos. Ya hemos visto que la diferencia entre esos tres conceptos, es sumamente sutil, elaborada en base a consideraciones específicas. Pero en general, los tres tipos están integrados por modos de conducta, unos instantáneos, otros reiterados, pero de consideración subjetiva por parte del Juzgador. También hay que recordar que a éste le toca dar vigencia a la orientación querida por el Legislador en el sentido de proteger celosamente la vigencia del matrimonio.
Con tales consideraciones debe entenderse que no bastará con cualquier exceso, simplemente presentado; ni con una conducta más o menos reiterada, contraria a la normal entre esposos o con estallido violento, más o menos intenso, para que, de una vez, se considere consumada la causal. Es necesario que cualquiera de los hechos presentados reúna tal gravedad, sea lo suficientemente intenso, como para que el Juzgador considere que se han lesionado los substratos psíquicos que sostienen el matrimonio, que se ha producido un verdadero atentado contra la estabilidad emocional del cónyuge inocente y de tal forma, que, a partir de ese momento, no puede mantenerse en cohabitación, entendida ésta en el más amplio sentido del término"; Rodríguez, *Comentarios al...,* p. 95, el autor indica que para que se configure la causal el hecho debe ser importante, injustificado, intencional y que no forme parte de la rutina diaria".

dos conceptos precisa ser detallada en el libelo, de tal suerte que no es suficiente describir hechos genéricos configurativos de la causal, a los fines de que sean facultativamente apreciados por el Juzgador[90]. Siendo suficiente –aunque resulte obvio– que se configure cualquiera de ellas (excesos o sevicia o injuria) y no las tres a pesar de la utilización de la partícula "e" antes de injuria[91]. No obstante, la libertad probatoria imperante en el orden procesal, y de no admitirse la confe-

[90] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 293. "Comprobados los hechos alegados por el demandante como constitutivos de excesos, sevicia o injuria (que deben haber sido determinados en forma precisa y no genérica, en el libelo de la demanda), corresponde al Juez de Instancia apreciar tales hechos para determinar si, en el caso concreto, hubo violación grave de los deberes derivados del matrimonio, si los hechos alegados y probados son de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común"; Bocaranda, *Guía...,* p. 627. "De las causales de divorcio, es la tercera la que impone mayor grado de exigencias en cuanto a su explicación en el libelo de la demanda. Primero, porque se trata de una causal genérica. Segundo, porque, debido al alinderamiento existente entre los posibles hechos que la constituyen, son susceptibles de confusión en el planteamiento, sembrando dudas respecto a si se ha configurado o no un caso de excesos, de sevicia o de injuria grave.
Tratándose de una causal genérica, en ella se abrigan diversas formas de infracción de los deberes de convivencia y socorro. De ahí que la jurisprudencia insista en la necesidad de que el demandante especifique concretamente cuáles son los hechos y sus circunstancias. No sería suficiente, por ejemplo, alegar en el libelo que el otro cónyuge 'incurrió en sevicia': hay que indicar cómo, en qué forma, mediante cuáles hechos concretos y en cuáles circunstancias aquélla tuvo lugar. Y otro tanto si se trata de la causal de injuria grave: es necesario expresar en qué consistió ésta, en forma concreta, con cuáles palabras se perpetró o mediante cuáles hechos"; DFMSFM1, Sent., 8-6-92, J.R.G., T. CXXI, p. 122, se debe precisar y determinar en el libelo de la demanda, los actos y hechos específicos constitutivos de los excesos de la sevicia o de la injuria grave.
[91] Véase: Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1987, pp. 26 y 27. "En o de conjunción copulativa 'e', por la lógica se concluye que sería absurdo exigir al mismo tiempo 'Los excesos, sevicia e injurias graves...', porque son supuestos distintos, a pesar de ser conexos debido a que las 'injurias graves' son género y 'los excesos, sevicia' son especies, por lo que cada uno de los últimos es 'injuria grave' y ésta no siempre es 'excesos, sevicia'".

sión en materia de divorcio[92], la prueba testimonial[93] resulta particularmente relevante respecto de la presente causal[94].

2.4 *EL CONATO DE UNO DE LOS CÓNYUGES PARA CORROMPER O PROSTITUIR AL OTRO CÓNYUGE, O A SUS HIJOS, ASÍ COMO LA CONNIVENCIA EN SU CORRUPCIÓN O PROSTITUCIÓN*

La presente causal, dada su gravedad, se configura por el simple intento[95] de corrupción o prostitución del cónyuge o sus hijos, así como la "conniviencia"[96], es decir, la circunstancia de haber permitido o aceptado tal situación, a sabiendas de que acontecía. La doctrina señala que la corrupción no tiene por qué limitarse al ámbito sexual o corporal sino que bien podría extenderse al moral, pues el término "corromper" es más amplio que "prostituir"[97]. Suele así precisarse una distinción entre

---

[92] Véase: DFMSCM1, Sent. 13-8-84, J.R.G. ,T. LXXXVII, p. 22. La ley en lo concerniente a los juicios de divorcios y separación de cuerpos contenciosos no permite la prueba de la confesión para demostrar la causal de divorcio; DFMSCM2, Sent. 20-3-86, J.R.G., T. XCIV, p. 32.

[93] Se admite la validez del testigo único o singular. Véase: AMCSTPNA, Sent. 17-10-00, J.R.G., T. 169, pp. 48 y 49; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 4-5-06, Exp. Nº 7017, http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/1432-4-7017-06-.html

[94] Bocaranda, *Guía...*, pp. 627 y 628. La prueba fundamental de la configuración de los excesos, de la sevicia o de la injuria grave, es el testimonio. Sin embargo, respecto a la injuria, pueden ser válidos los documentos privados, como misivas o notas infamantes, ofensivas, de un cónyuge contra el otro. Incluso el escrito de la demanda puede consistir prueba por sí sola. En una ocasión el Tribunal declaró con lugar el divorcio porque los cónyuges se ofendieron mutuamente y con tal gravedad en las actas del expediente, que consideró imposible la prosecución de la convivencia. Para comprobar malos tratos o sevicia, es procedente la experticia médica o la psicológica, a condición de que se le complemente con otros medios de prueba, como los testigos.
Debido al hecho de que por lo general los excesos y la sevicia no suelen realizarse sino en privado, no se debe ser demasiado exigente por lo que respecta a la precisión expositiva de los testigos, guardando margen, entonces, para las presunciones".

[95] Véase: Rodríguez, *Comentarios al...,* p. 101, conato es el intento de realizar algo, independientemente que el acto propuesto se realice o no.

[96] Véase: *Ibíd.,* p. 103, supone la complicidad, tolerancia o negligencia.

[97] Véase: Viso, *Ob. Cit.*, p. 151, en realidad el término corrupción es más amplio que el de prostituir; enseñar al cónyuge o los hijos a robar, a tomar drogas, a delinquir en cualquier forma está figurando el hecho que se refiere la causal; D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 83. "Corromper es en doctrina jurídica una conducta dirigida a depravar o a causar daño inmoral en el otro cónyuge, víctima de la acción o del delito. Prostitución es la conducta que alude directamente a la venta carnal o corporal de un persona con o sin fines comerciales"; Bocaranda, *Guía...,* pp. 630 y 631; Perera Planas, *Causas...*, p. 342,

corromper y prostituir[98]. Aplica también para el caso de connivencia en dichas circunstancias, esto es, quien a sabiendas no hizo nada para evitar dicha situación[99]. Se traduce en tolerancia y complicidad[100]. La Reforma del CC de 1982 amplió la causal para incluir en los sujetos pasivos al otro cónyuge[101].

Esta causal, afortunadamente poco utilizada en el foro jurídico, constituye conjuntamente con la 6 del artículo 185 (alcoholismo o farmacodependencia) las únicas causales de divorcio que con posterioridad a la Reforma del CC de 1982, de ser declaradas con lugar propician –en razón de su gravedad– la PRIVACIÓN de la patria potestad de los hijos comunes. De hecho, tales conductas constituyen causales autónomas de privación de patria potestad. Pensamos que no obstante la expresión utilizada por la LOPNNA en el parágrafo segundo del artículo 351 que alude en tales casos a que la patria potestad queda

[98] Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Barinas, Juez Unipersonal Nº 2, Sent. 10-5-04, Exp. Nº C-3178-03, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/mayo/818-10-C-3178-03-.html "CONATO: empeño o esfuerzo en la ejecución de una cosa. Propensión, tendencia, propósito. Acto y delito que se empezó y que no llegó a consumarse. CONNIVENCIA: "Disimulo o tolerancia en el superior acerca de las transgresiones que cometen sus súbditos, y también acción de confabularse. Jurídicamente tiene importancia en el Derecho Penal y con principal referencia a los delitos de robo, hurto, traición, espionaje, rendición al enemigo, así como en la quiebra". CORRUPCIÓN: "En derecho penal la corrupción está representada por diversas figuras delictivas, entre las que cabe señalar, de modo orientador, la prostitución de menores de edad, cualquiera que sea su sexo, sin violencia, y aun mediante su consentimiento; la ejecución de esos mismos hechos mediando engaño, violencia, intimidación, abuso de autoridad o relación familiar; la promoción o facilitación con ánimo de lucro, o para satisfacer deseos ajenos, de la corrupción o prostitución de mayores de edad mediante engaño, violencia, abuso de autoridad, etc.; la publicación o circulación de libros, escritos, imágenes, u objetos obscenos; el ejecutar o hacer ejecutar a otro en sitio público exhibiciones obscenas; realización de actos obscenos con personas de uno u otro sexo sin que haya acceso carnal, teniendo la víctima menos de doce años o si se hallare privada de razón, así como también si se empleare la fuerza o intimidación. PROSTITUCIÓN: ejercicio de comercio carnal mediante precio".

[99] Véase: Sanojo, *Ob. Cit.*, p. 180, "...La connivencia en la corrupción o prostitución de los hijos, para que sea causa de divorcio, ha de ser un hecho directo e intencional. La negligencia del padre puede ciertamente ser parte para que los hijos se perviertan; pero en manera alguna puede calificársela de connivencia en esta perversión, sino no es tal que viendo los hechos que han de producir el triste resultado, los disimula y no pone el remedio que pudiera atajar el mal en su origen o progreso".

[100] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 84; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 175; Viso, *Ob. Cit.*, p. 151.

[101] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*,, p. 294; Viso, *Ob. Cit.*, p. 152; Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1987, p. 28.

"*extinguida*"[102], debe entenderse simplemente como "privación" porque lo contrario, dado el carácter definitivo e irreversible de la extinción, constituiría una pena perpetua (duraría toda la minoridad) proscrita por la Constitución y, por tal, susceptible de ser desaplicada por vía de control difuso de la constitucionalidad[103].

2.5 *LA CONDENA A PRESIDIO*[104]

La gravedad de la condena a "presidio" (a diferencia de la "prisión") reservada para los delitos de mayor repercusión social, se proyecta en el ámbito civil no sólo con la consagración de la sanción accesoria de la interdicción legal (artículo 23 del Código Penal) sino al constituir causal de divorcio.

El legislador consideró que ante la trascendencia y gravedad del delito cometido, mejor era relevar al cónyuge del penado, si así lo considera de tal estado y, por ende, debería permitírsele la posibilidad o la opción de disolver el matrimonio. El deber de asistencia y socorro implícito en la unión conyugal no tendría que prevalecer en circunstancias extremas como la condena penal de considerable magnitud. De allí que más que considerar que la pena o situación constituye una ofensa al cónyuge, lo que está en evidencia es la imposibilidad de cumplir las

[102] Indica: "Si el divorcio o la separación de cuerpos se declara con lugar, con fundamento en alguna de las causales previstas en los ordinales 4º y 6º del artículo 185 del Código Civil, se declarará extinguida la Patria Potestad al o la cónyuge que haya incurrido en ellas, sin que por ello cese la Obligación de Manutención. En este supuesto, la Patria Potestad la ejercerá exclusivamente el otro padre o madre. Si éste se encuentra impedido o impedida para ejercerla o está afectado o afectada por privación o extinción de la misma, el juez o jueza abrirá la Tutela y, de ser el caso, dispondrá la colocación familiar". (Destacado nuestro).
[103] Véase artículo 20 del CPC y 334, 1° aparte de la Constitución.
[104] Véase: Corser, Gustavo: *Sobre la 5ª causal de divorcio, la condenación a presidio.* En: *Revista Universitaria,* Caracas, 1909, Año II, pp. 421-424; Corser, Gustavo: *El divorcio por condenación a presidio.* En: *Revista Universitaria,* Caracas, julio de 1911, Año IV, pp. 269-271; Pérez H., Manuel C.: *Sobre la 5ª causal de divorcio. La condenación a presidio.* En: *Revista Universitaria,* Caracas, febrero de 1911, Año IV, Segunda Epoca, Mes III, pp. 75-78.

obligaciones conyugales[105]. Se aclara que la norma alude a "presidio" por lo que la pena de "prisión" **no** propicia la presente causal[106].

Así, pues, sanciones penales distintas al presidio, *no* constituyen en principio causal de divorcio, aun cuando las particulares circunstancias del caso concreto pudieran hacer subsumible la situación en otra causal de divorcio[107]. Algunos reseñan al respecto la "injuria"[108], por considerar que el delito cometido constituye una ofensa o deshonor para el cónyuge o el "abandono" dado el incumplimiento de deberes conyugales que apareja la condena al reo, aunque es cuestionable la procedencia de

[105] Véase: Bocaranda, *Guía...,* p. 633. Se considera que el hecho de que uno de los cónyuges resulte condenado como delincuente, mediante decisión judicial, incide como algo infamante o injurioso contra el otro cónyuge, quien puede resultar afectado en su reputación. En este orden de ideas, la condenación a presidio hubiese podido considerarse como una de las formas de injuria grave, o causal tercera, si el legislador no la hubiese previsto como causal autónoma. No obstante, opinamos que la presencia de la causal obedece también a consecuencias prácticas, puesto que la circunstancia de la condena necesariamente aleja del grupo familiar a uno de sus elementos fundamentales, lo que impide, desde todo punto de vista, el cumplimiento de los fines del matrimonio".

[106] Véase: Sala de Juicio Nº 1 del Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara en Barquisimeto a los 24 días del mes de noviembre del año 2006, Exp. KP02-V-2005-001664, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/645-24-KP02-V-2005-001664-.html

[107] Véase: Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Merida, Sent. 3-11-06, Exp. 11311, http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1024-3-11311-1.html no se considera probada la causal de condenación a presidio pero sí la de los ordinales 2 y 3 del artículo 185 CC.

[108] Véase: Dao, *Ob. Cit.*, p. 65. "La condenación a prisión, la condenación a colonias penitenciarias, etc.; de un cónyuge, por robo, estafa, abuso de confianza, atentado contra el pudor... etc., ... podría ser invocada como constitutiva de injuria grave para el otro cónyuge por el deshonor que arrastra esa pena para el condenado. Toca en este caso al Juez apreciar si tal condenación tiene cualidad injuriosa y hace intolerable el mantenimiento de la vida en común. Las penas como expulsión, extrañamiento y detenciones por causas políticas no acarrean nunca deshonor para quienes lo sufren y, por lo tanto, no pueden ser alegadas como injuria grave en materia de divorcio"; DFIC1, Sent. 14-7-53, J.T.R., Vol. III, p. 189. No hay duda alguna de que un juicio criminal que no merezca pena de presidio, puede constituir una injuria grave al cónyuge, como cuando se le imputa al otro un delito contra la propiedad, lo cual implica cierto deshonor que influye sobre el ánimo del otro cónyuge, pero como en el presente caso de autos se ha presentado únicamente copia del auto de detención que se dictó contra el demandado, y de su aprobación, sin explicar a que se debe la detención preventiva, el Tribunal juzga que tampoco debe apreciarse. En sentido contrario: DFMSC1, Sent. 14-3-66, J.R.G., T. XIV, pp. 14-16; C.S.J./S.P.A., Sent. 1-6-64, G.F. N° 44, 2ª E., p. 86. La condena del esposo por hurto no configura la causal de injuria grave. La norma que autoriza a uno de los cónyuges a demandar el divorcio cuando el "otro ha consumado un delito infame o cuando tenga una conducta deshonrosa tal que no pueda razonablemente exigir del otro cónyuge la continuación de la vida conyugal", de la ley suiza, equivale en nuestra legislación a la condenación a presidio y a la injuria grave que hace imposible la vida en común.

ambas causales[109]. El asunto es discutible en razón del carácter taxativo de las causales de divorcio, pero es susceptible de ser considerado en razón de las particularidades del caso concreto, más que por la "causa" en sí que no constituye causal autónoma de divorcio, por sus consecuencias que podrían configurar otra causal autónoma de disolución del vínculo conyugal.

Se indica entre los requisitos de esta causal, que la sentencia a "presidio" sea definitivamente firme al margen de la posterior posibilidad de indulto o amnistía[110], emanada de una autoridad judicial venezolana[111], con posterioridad a la celebración del matrimonio[112], siendo suficiente copia certificada de dicha decisión judicial[113]. En el supuesto excepcional de que la sentencia sea anterior al matrimonio y el cónyuge desconocía la misma,[114] hay quien señala que procedería la presente causal[115], pero lo cierto es que tal supuesto por constituir una omisión dolosa o reticencia grave de uno de los cónyuges aunque previa al matrimonio por proyectarse gravemente en la vigencia de éste, es subsumible en la causal de "injuria". Se aclara que distinto supuesto que hace improcedente la causal es la cele-

---

[109] Sin embargo, ello es discutible porque al margen de la incomodidad social que pueda generarse, la injuria constituye una ofensa voluntaria a la dignidad del otro, que no pareciera apreciarse claramente en el caso indicado. Vale entonces preguntarse si una condena penal considerable, a raíz de una sentencia definitivamente firme podría subsumirse en la casual de "abandono voluntario", a lo que debe precisarse que dicho "incumplimiento de los deberes conyugales" precisa ser "voluntario", lo que supondría argumentar que el delito intencionalmente realizado (lo que excluiría los delitos culposos) debía hacer prever aunque eventualmente el posible incumplimiento de los deberes comunes, por lo que se afectaría el matrimonio por vía de consecuencia.
[110] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 84.
[111] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 295 y 296; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 84. Viso, *Ob. Cit.*, p. 153; Bocaranda, *Guía..,* p. 634.
[112] Véase: Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent. 17-1-06, Exp. N° 13.835, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/443-17-13.835-.html; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, Sent. 26-10-07, Exp. N° 8811-2007, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/1503-26-8811-2007; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 2-7-07, Exp. Nº. 15.573, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/julio/1243-2-15.573-JUL-359-07. html
[113] Véase: Rodríguez, *Comentarios al...,* pp. 105 y 106.
[114] Supuesto que podría acontecer en caso de matrimonio celebrado por poder o representante voluntario.
[115] Véase: Granadillo, *Ob. Cit.,* p. 262. "Si el otro cónyuge no sabía tal circunstancia y el presidiario trató de ocultársela, sí progresa la causal invocada".

bración del matrimonio, habiéndose cometido previamente el delito que posteriormente propiciará la pena de presidio[116].

La presente causal sólo precisa de la prueba de la sentencia definitivamente firme condenatoria de presidio, por lo que el Juzgador no tiene –a diferencia de las demás causales– facultad de apreciación de los hechos a los fines de conceder el divorcio. De allí que conjuntamente con la causal de adulterio sea calificada por la doctrina como causal "perentoria", a diferencia de las simplemente facultativas[117]. Al efecto, prevé el artículo 760 del CPC:

> Si en los juicios de divorcio o de separación de cuerpos, fundados en la causal quinta del artículo 185 del Código Civil, se presentare copia auténtica de la sentencia firme de condenación a presidio, el juez declarará que no hay lugar a pruebas por ser el punto de mero derecho, y procederá a sentenciar la causa en el lapso legal[118].

Extinguida la pena de presidio también se extingue para el otro cónyuge el ejercicio de la acción de divorcio fundamentada en la causal quinta del artículo 185 del Código Civil[119]. La causal bajo análisis supone que el condenado a presidio quedó sometido a la interdicción legal, la cual constituye –conjuntamente con la interdicción judicial– *causa de exclusión del ejercicio* de la patria potestad.

---

[116] Véase: Perera Planas, *Causas...,* pp. 358 y 359; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 295; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 176; Viso, *Ob. Cit.*, pp. 152 y 153.

[117] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 76; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 294; Bocaranda, *Guía...*, p. 635.

[118] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 30-3-07, Exp. N ° 17339, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/959-30-17339-1.html "de conformidad con el artículo 760 del Código de Procedimiento Civil, declaro que no hay lugar a pruebas..."; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-7-06, Exp. Nº 41.206, http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/200/julio/2116-4-41206, "conforme al artículo 760 del Código de Procedimiento Civil, declara que no hay lugar a pruebas y procede a dictar sentencia".

[119] DFMSC3, Sent. 9-7-79, J.R.G., T. LXVI, p. 25.

2.6 *LA ADICCIÓN ALCOHÓLICA U OTRAS FORMAS GRAVES DE FÁRMACO-DEPENDENCIA QUE HAGAN IMPOSIBLE LA VIDA EN COMÚN*

La adicción al alcohol o a sustancias que supongan fármaco-dependencia grave son afecciones que pueden hacer penosa e insoportable la vida conyugal. Además de la adicción al alcohol se incluye en la causal en estudio, la fármaco-dependencia, la cual debe entenderse en un sentido amplio[120], en el que la adicción no sólo incluye a aquella categoría de fármacos comerciales sino cualquier sustancia o droga fuera del comercio, que produzca un efecto perturbador en la voluntad y la conducta del afectado. En los debates parlamentarios se consideró referirse a "La embriaguez consuetudinaria o la toxicomanía[121] para denotar que la ebriedad casual no representaba inconveniente.

La norma agrega luego de describir la afección que "haga imposible la vida en común", expresión que igualmente utiliza en la siguiente causal, relativa a la interdicción judicial. No faltará quien sostenga que podría mediar y probarse una adicción que a juicio del Juzgador no sea lo suficientemente grave como para impedir la vida en común y, por ende, sea declarada sin lugar la acción de divorcio. Sin embargo, en los debates parlamentarios se indicó acertadamente la eliminación de dicha frase por cuanto tales afecciones también inciden negativamente en la vida en común[122].

---

[120] Véase: Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1984, pp. 46 y 47. "Por cierto ... algunos han dicho que la dependencia tiene que ser de productos elaborados por la industria químico-farmaceuta –de ser así, tendría que ser por medicamentos como los que comúnmente se denominan 'patentados'–. Nos parece muy literal esa interpretación, pues el vocablo fármaco-dependencia se puede entender en sentido amplio, con lo que se comprende también a los estimulantes naturales –por ejemplo, plantas con esas propiedades–, es decir, sin requerirse ningún proceso de elaboración o transformación o manufacturación".

[121] Véase: *Ley de Reforma Parcial del Código Civil. Resúmenes y Actas. Comisión Técnica. Despacho de la Ministro del Estado para la Participación de la Mujer en el Desarrollo.* Imprenta del Ministerio de Educación. Caracas, 1984, pp. 332 y 333.

[122] Véase: *Diario de Debates de la Cámara de Diputados,* T. XI, Vol. I, marzo-julio 1981, p. 92, la intervención de Torrealba Silva en la sesión del día 23 de marzo de 1981 señalaba "...Para pedir que en el numeral 5° se suprima todo lo que sigue a la palabra 'crónica', dejando solamente lo que dice 'la embriaguez o la fármaco-dependencia crónica', porque creo que el agregado 'cuando perturben gravemente las relaciones conyugales o pongan en peligro la salud o la moral del otro cónyuges', es una cosa innecesaria y obvia. Al haber embriaguez o fármaco-dependencia crónicas, es lógico que esto perturbe gravemente las relaciones conyugales o ponga en peligro la salud o la moral del otro cónyuge. De tal manera que me parece una redundancia".

El CC de 1942 sólo aludía en esta causal a "*la embriaguez consuetudinaria de uno de los cónyuges*" por lo que se aclara que actualmente es suficiente la "adicción"[123]. Se aprecia la utilización del antiguo término, no obstante la reforma, en atención a las situaciones que tal adicción puede propiciar en el matrimonio[124]. La Reforma del CC de 1982 le adiciona acertadamente al alcoholismo la fármaco-dependencia. Bocaranda agrega que el consumo menor podría ubicarse en la causal tercera[125], pero recordemos que ésta también precisa que la circunstancia haga imposible la vida en común, por lo que aun cuando en tal caso la adicción no sea grave, sí han de serlo las injurias proferidas al cónyuge en razón de tal estado. Sin embargo, la presente causal ha sido vista más que con un sentido de remedio que de sanción[126], pudiendo dar lugar a la declaratoria con lugar del vínculo conyugal[127].

La presente causal al igual que la cuarta (4ª) del artículo 185 CC –a nuestro criterio según explicamos anteriormente[128]– genera la privación (y no la extinción) de la patria potestad de los hijos comunes, no obstante la expresión "extinguida" utilizada por el parágrafo segundo del artículo 351 de la LOPNNA. La "extinción" es definitiva como la muerte o la mayoridad, en tanto que la "privación" es temporal porque puede operar la rehabilitación siguiendo el procedimiento de ley. En el caso que nos ocupa con mayor razón, considerando que se trata de

---

[123] Véase: Perera Planas, *Análisis..,* p. 118. No es necesario que uno de los cónyuges padezca de embriaguez consuetudinaria. Basta ahora con la adicción.

[124] Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 26-7-05, http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/128-26-1429-999.html "...Fue demostrada tanto la embriaguez consuetudinaria alegada por la parte actora reconvenida, como los excesos, sevicia e injurias graves de ambos, lo que hicieron imposibles la vida en común... lo cierto es que también afirmaron que les constaba la embriaguez consuetudinaria de la cónyuge... y las escenas que protagonizaba como consecuencia de su ingesta alcohólica".

[125] Bocaranda, *Guía...*, pp. 638 y 639, queda como de menor gravedad el consumo ocasional en cualquiera de sus subformas. No obstante esto último, creemos que el cónyuge inocente puede plantear la demanda de divorcio, no sobre la base de la causal 6ª sino invocando la causal tercera.

[126] Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1984, p. 46.

[127] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 3-2-05, Exp. BH12-F-1998-000009, http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/1069-3-BH12-F-1998-000009-BH12-F-1998-000009.html

[128] Véase *supra* N° V.2.4.

afecciones susceptibles de rehabilitación médica. Por lo que reiteramos que pretender la "extinción" de la patria potestad, dado su carácter definitivo, constituiría una sanción perpetua prohibida por la Constitución[129].

2.7 *LA INTERDICCIÓN POR CAUSA DE PERTURBACIONES PSIQUIÁTRICAS GRAVES QUE IMPOSIBILITEN LA VIDA EN COMÚN*

No existe interdicción judicial sino declarada en virtud de una afección intelectual o mental "grave", pues tal gravedad es lo que la diferencia de la "inhabilitación". Sólo una causa o circunstancia de tal magnitud justifica el sometimiento a un régimen que supone la pérdida total del libre gobierno de la persona y de la capacidad de obrar con subsiguiente sometimiento a representación. La norma agrega que *"imposibiliten la vida en común"*, lo que pareciera denotar o dar a entender que pudieran existir supuestos que no harían imposible o al menos difícil la vida en común, y para algunos ello pudiera ser apreciado por el Juez[130]. Sin embargo, creemos que aun cuando la causal sea calificada de "facultativa", la gravedad de la causa implícita en el régimen, que es la única circunstancia que propicia el mismo, haría imposible la convivencia natural del matrimonio[131]. Es decir, la interpretación relativa a que podrán existir afecciones mentales "graves"

---

[129] Véase artículo 44, ord. 3.
[130] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* pp. 118 y 119. "Sin embargo, cuando el artículo habla de perturbaciones psiquátricas añade el calificativo de "graves". ¿Quiere con ello decir que, ante la presencia de una interdicción por defecto intelectual habitual que no conforme el adjetivo, no servirá de base para el divorcio? La respuesta viene dada en seguida por la propia norma. La gravedad se refiere a la circunstancia que el defecto intelectual, la perturbación psiquiátrica debe hacer imposible la vida en común, que es tanto como dejar en manos del Juez la apreciación de tal gravedad, el impacto anímico que produce en el cónyuge la dolencia del otro esposo.
¿Quiere ello decir que la gravedad de la perturbación psiquiátrica señalada por facultativos en un informe médico no bastan para la conformación de la causal? Yo creo que no. Una cosa es la existencia de la interdicción decretada por la causa que señala, que en opinión médica y desde el punto de vista de esta ciencia, reviste seria gravedad o simplemente gravedad; y otra que en el campo del derecho, a los ojos del Juez y ante las evidencias judiciales, impida la vida en común. Que no es otra cosa que la consideración del aspecto subjetivo de la percusión de la dolencia de uno de los cónyuges en el ánimo del otro".
[131] Véase: Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1984, p. 41. "Sobra lo de 'que imposibiliten la vida en común'. Hablando objetivamente: ¿es que acaso hay perturbaciones psiquiátricas graves que no la imposibiliten? Es imposible la vida en común con cualquier perturbado mental grave, por ejemplo, el loco agresivo o el imbécil".

que no obstante generar la interdicción podrían ser "soportables" por el otro cónyuge, contraría el sentido de la causal, que se orienta a permitirle al cónyuge del entredicho liberarse del vínculo matrimonial, dada la gravedad de la circunstancia y la obvia imposibilidad de cumplir los mínimos deberes conyugales.

La presente causal por imperativo de ley precisa de una sentencia o decisión judicial de "interdicción" por lo que no es suficiente alegar incapacidad natural, esto es, demencia o falta de discernimiento, si la misma no ha sido formalmente declarada en un procedimiento de incapacitación absoluta[132]. La existencia del carácter de definitivamente firme de la sentencia –a diferencia de la interdicción legal que sí lo precisa– podría resultar exagerada especialmente ante la posibilidad de casación, dada la naturaleza de "remedio" de la presente causal. El sentido de la ley es simplemente relevar al cónyuge del entredicho judicial del vínculo matrimonial, si la incapacidad ha sido declarada por sentencia y no bajo el alegato de una incapacidad natural, carente de control judicial.

La presente causal se introdujo en la Reforma del CC de 1982, siendo objeto de múltiples críticas porque se adujo que en caso de enfermedad mental el cónyuge precisaba de mayor afecto y del cumplimiento

[132] Véase: Circuito de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sala de Juicio Nº XVI, Sent. 29-11-07, ASUNTO: AP51-V-2007-004704, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/2091-30-AP51-V-2007-004704-PJ0252007001159.html. "Ahora bien, mal podría esta Juzgadora admitir la presente acción de Divorcio fundamentada en la causal 7ª del artículo 185 del Código Civil Venezolano, sin haber sido consignada primeramente la interdicción judicial proferida por un Juez de Primera Instancia Civil, por cuanto resulta inminentemente necesario la demostración plena de que ciertamente uno de los cónyuges fuere declarado Entredicho Judicialmente, para así poder alegar dicha causal, en virtud que posterior a la declaración de divorcio que pudiere proferir esta Juzgadora, si no se contare con dicho requisito (Sentencia de Interdicción Judicial) tal sentencia de divorcio puede ser declarada nula tal y como lo establece el artículo 405 *sub examine.* Así se establece... En consecuencia, esta Sala de Juicio acuerda REPONER la causa al estado de admisión, una vez la representación legal de la parte accionante, de fiel cumplimiento a lo peticionado por esta Sala de Juicio en el auto de fecha .... En consecuencia, se declara la NULIDAD de todos los actos procesales ocurridos en el presente asunto a partir del auto de admisión de fecha".

del deber de socorro[133]. Sin embargo, se trata simplemente –a igual que acontece en la causal 5 de interdicción legal– de darle al cónyuge que no incurre en la casual la opción de continuar el matrimonio o de culminarlo, porque a fin de cuentas el vínculo matrimonio no puede precisar un sacrifico extremo que se traduzca en un duro peso para el que lo soporta.

De allí que acertadamente, cierto sector de la doctrina se manifieste a favor de la inclusión o consagración de la causal bajo análisis[134]. Al efecto indica Rodríguez : "Nos queda agregar que los mismos motivos que tiene el legislador para oponerse al matrimonio del entredicho son

[133] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 297 y 298. "La inclusión de esta causal de divorcio es, además, alarmante. Pone de manifiesto la tendencia a ampliar la procedencia del divorcio. Es posible, muy posible, que pronto, cualquier enfermedad grave y humanamente incurable de un cónyuge se constituya en causal que pueda ser alegada por el otro para demandar el divorcio. Se relaja con esto el espíritu de sacrificio que ennoblece y dignifica el matrimonio"; Torres-Rivero, Mis comentarios..., 1984, pp. 42 y 43. "Además, en lo ético, la causal es censurable. Por cuanto el matrimonio es una comunidad de vida, no puede ser únicamente para lo favorable para lo bueno. Ha de ser también para lo adverso, para lo malo; precisamente, cuando más debe manifestarse, porque es cuando el cónyuge en situaciones penosas o duras o conflictivas más necesita del otro cónyuge. Con la causal de 'La interdicción...' se desvirtúa ese fin sublime del matrimonio, ya que del cónyuge entredicho puede deshacerse, o desasirse, el otro cónyuge, y poco importa todo lo demás. Es decir, en esa causal el deber de asistencia recíproca conyugal no tiene la expresión que debiera tener, por cuanto 'La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves...', es debida a circunstancias ajenas a la voluntad de quien la padece. El entredicho por tal causa es un enfermo mental, lo humanitariamente obliga a sus asistencia, mayormente por sus familiares, y, entre éstos, máxime por su otro cónyuge. Entonces, en vez de estimularse esa asistencia dentro del matrimonio, ¿cómo es posible que se conceda la acción de divorcio por tal motivo? En resumen, la causal es inmoral, por inhumana..."; D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 85; Bocaranda, *Guía...*, p. 640.

[134] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 177 " ...Debiendo señalarse que viene a llenar una necesidad que se había hecho sentir, ante los lamentables casos de personas que han perdido las facultades mentales por lesiones patológicas o traumáticas, en forma irreversibles, cuyos cónyuges se veían obligados a permanecer unidos a ellos en matrimonio, sin posibilidad alguna de rehacer su vida y sin asidero legal para romper el vínculo.

Con mucha frecuencia nos habíamos pronunciado en la Cátedra por una solución a estas situaciones de hecho, siempre respetando los principios morales y asegurando, en todo caso, el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la solidaridad, que debe ser norte y guía en las relaciones familiares"; Harting, *Ob. Cit.*, p. 280. "La causal de divorcio por interdicción, basada en defecto intelectual grave, supone, más que novedad legislativa, el subsanamiento de una omisión del legislador. En efecto, el divorcio consagrado en las más antiguas legislaciones. Así, en el ordenamiento jurídico romano ésta clase de divorcio era denominado '*bona gratia*', y se basaba en causales tales como la ausencia, cautividad guerrera o interdicción del otro cónyuge".

valederos para que la interdicción constituya una causal de divorcio, ya que en ambos casos se está sosteniendo la imposibilidad de la vida en común"[135]. Se trata de la orientación divorcio como remedio y no como sanción ante la ruptura natural del vínculo matrimonial[136].

El artículo 154 del CC de 1896 contenía una breve referencia a que la demencia no autorizaba el divorcio, pero se justificaría la separación en caso de enfermedad contagiosa[137].

Algunos señalan que la presente causal entra en contradicción con el artículo 398 del CC que prevé la delación legal a favor del cónyuge del entredicho[138]. Pero en esencia, no existe contradicción alguna porque de intentarse la demanda de divorcio por esta causal, se plantea una causa de inhabilitación relativa, de conformidad con los artículos 397 y 339, ord. 6 del CC. Por lo que habrá de seguirse el orden de delación legal subsiguiente a los fines de la designación del tutor del entredicho[139], y de la continuación del proceso de divorcio[140]. El artículo 187

[135] Rodríguez, *Comentarios al...*, p. 115.
[136] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 192 del 26-7-01. "Esto se evidencia de la inclusión, como causal de divorcio, de la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común, pues en tal situación no puede pensarse en culpa, sino en una aflicción que necesita ser resuelta; e igualmente incide en la interpretación de las otras causas de divorcio establecidas por la ley"; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 16-2-07, Exp. Nº 06-6232, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/99-16-06-6232-.html; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 19-7-07, Exp. N° 07-4431, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/julio/1191-19-07-4431-466.html
[137] "La demencia, la enfermedad o cualquiera otra calamidad semejante no autorizan el divorcio ni son causas suficientes para que el cónyuge sano se separe de la habitación común; pero sí podrá apartarse del lecho cuando la enfermedad sea contagiosa". Norma que databa del artículo 85 del CC de 1867.
[138] Véase: Bocaranda, *Guía...,* pp. 644. "La implantación de la causal que estamos considerando (7ª) abriga una contradicción inexplicable respecto a lo dispuesto en el artículo 398 del mismo Código, según el cual 'El cónyuge mayor de edad y no separado legalmente de bienes, es de derecho tutor de su cónyuge entredicho'".
[139] Véase artículos 398 y 399 CC.
[140] La realización de los actos conciliatorios no reviste mayor inconveniente porque la inasistencia del demandado no afecta la continuación del proceso.

del CC está en este sentido no obstante su redacción[141]. La presente causal simplemente constituye una opción del cónyuge del entredicho, que mientras no sea procesalmente formalizada dejará en vigencia el régimen de delación legal según el cual el cónyuge es el tutor de derecho del entredicho.

No obstante, la presente causal pareciera presentar escasa incidencia práctica según admite la propia doctrina[142], y se evidencia de los repertorios de jurisprudencia y la búsqueda electrónica[143]. Finalmente, de presentarse la misma, el Juzgador al declarar el divorcio procurará la manutención y tratamiento médico del enfermo, lo que se traduce en un supuesto en que excepcionalmente se mantiene la obligación de alimentos entre ex cónyuges[144].

Finalmente, es de recordar que es la única causal de divorcio donde se prevé la obligación del Juzgador de procurar la manutención y tratamiento médico del enfermo, lo que se traduce excepcionalmente en una obligación de alimentos entre ex cónyuges, conjuntamente, con el caso considerado en el artículo 195 del CC respecto del cónyuge incapacitado que no ha dado causa al divorcio, pero esta última es simplemente facultativa[145].

[141] Que dispone: "Si la tutela del entredicho divorciado era ejercida por su cónyuge, se procederá de conformidad con lo dispuesto, en los artículos 398 y 399; pero en este caso, el Juez tomará, a solicitud del tutor o de oficio, las medidas previstas en el ordinal 7° del artículo 185. Estas medidas cesarán en el caso de muerte del obligado, del beneficiario o cuando este último es rehabilitado". Decimos que no obstante la redacción de la norma porque aunque ésta alude a "tutela del entredicho divorciado era ejercida por su cónyuge" según acabamos de indicar si el cónyuge demandante en divorcio es el tutor del entredicho, debe tramitarse antes de la citación del demandado, el respectivo cambio de tutor de conformidad con los artículos 398 y 399 del CC, a los fines de que el demandado pueda ser citado en persona de su nuevo tutor, dada la inhabilidad por contradicción de intereses acaecida respecto del cónyuge tutor.
[142] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.*, pp. 85 y 86, "...la jurisprudencia no se ha pronunciado en virtud de que a los estrados después de la reforma no ha llegado el primer caso".
[143] Salvo la referida *supra* que no se pronuncia sobre el fondo sino que repone al estado de admisión (Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 26-7-05, http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/128-26-1429-999.html)
[144] Véase no obstante: artículo 195 del CC.
[145] Véase *supra* N° II.3.

3. DIVORCIO NO CONTENCIOSO

La posibilidad de divorcio no contencioso, es decir, por vía de la jurisdicción graciosa cuando media la voluntad de ambos cónyuges de acudir a esta vía, admite dos modalidades de conformidad con el artículo 185 CC: la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, si ha transcurrido un año de la primera y no ha mediado reconciliación; y el divorcio por el 185-A, relativo a la ruptura prolongada de la vida en común.

3.1 *CONVERSIÓN DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS EN DIVORCIO (185 CC, PRIMER APARTE)*[146]

El artículo 185, luego de enunciar las causales taxativas de divorcio dispone:

> También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges.
>
> En este caso el Tribunal, procediendo sumariamente y a petición de cualquiera de ellos, declarará la conversión de separación de cuerpos en divorcio, previa notificación del otro cónyuge y con vista del procedimiento anterior.

Los cónyuges pueden solicitar ante el Tribunal competente que se decrete la *separación de cuerpos,* a los fines de suspender formalmente el deber de cohabitación o de vivir juntos, no obstante subsistir el matrimonio. Dicha solicitud debe ser presentada "personalmente" por los cónyuges a tenor del artículo 189 CC, por lo que no se admite la representación. Conjuntamente con la separación de cuerpos o posteriormente[147] se *puede* –es decir, no procede automáticamente–[148] pe-

---

[146] Véase: Loreto, Luis: *La conversión de la separación de cuerpos en divorcio.* En: *Revista de Derecho y Legislación,* Caracas, octubre de 1960, Ano XL, N° 593, pp. 135-146; Mendoza, José Rafael: *Estudio sobre la separación de cuerpos por mutuo consentimiento y divorcio subsiguiente en el Derecho venezolano.* En: *Revista Jurídica,* Caracas, agosto-septiembre de 1935, T. VI, Nos. 68 y 69, pp. 164-177.

[147] Véase: artículo 762, Parr. Segundo Código de Procedimiento Civil: "la falta de manifestación acerca de la separación de bienes no impedirá a los cónyuges optar por ella posteriormente dentro del lapso de separación".

[148] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 182, señala que la separación de cuerpos no se produce *ipso iure* la separación de bienes. Para que ello ocurra, debe ser solicitada la separación por el cónyuge actor en el caso de separación de cuerpos contenciosa, o por ambos en el mutuo consentimiento.

dir la *separación de bienes*, según prevé el artículo 190 del CC[149] a objeto adjudicarse[150] los bienes comunes y adicionalmente sustraerse en lo sucesivo de la presunción de gananciales[151], lo cual es predicable inclusive respecto a la separación de cuerpos contenciosa[152]. Cuando media acuerdo de los cónyuges es bastante común plantear conjuntamente con la separación de cuerpos la separación de bienes, con miras a concretar la situación personal y patrimonial en lo sucesivo[153], de conformidad con el artículo 762 del CPC. En la separación de cuerpos no contenciosa indica el art. 189 CC, el Juez declarará la separación en el mismo acto en el cual tuvo lugar la manifestación personal de los cónyuges.

Ahora bien, una vez transcurrido un (1) año de tal declaración jurisdiccional que decretó la "separación de cuerpos" se podrá solicitar –ante el mismo Tribunal que dictó la medida– la conversión en divorcio. Se

[149] Que prevé: "En todo caso de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación de bienes, pero, si aquélla fuere por mutuo consentimiento, la separación de bienes no producirá efectos contra terceros, sino después de tres meses de protocolizada la declaratoria en la Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal".

[150] Véase: LAICT1, Sent. 21-10-59, J.T.R., Vol. VII, p. 819, las cláusulas sobre bienes de la sociedad conyugal contenidas en la solicitud de separación por mutuo consentimiento tienen carácter provisional porque al convertirse la separación en divorcio el sentenciador puede modificarlas.

[151] Se indica acertadamente que aunque los cónyuges no tengan bienes de fortuna puede disponerse no obstante que optan inclusive en lo sucesivo respecto de los bienes que adquieran por tal separación de bienes, a fin de sustraerlos del régimen de la comunidad legal. Véase: Pineda León: *Lecciones elementales de Derecho Procesal Civil.* Versión fonográfica de las clases dictadas por el profesor en el año lectivo 1959 a 1960. Mérida, Librería Selecta, 1960, Vol. III-IV, p. 236, "Por separación de bienes se entiende la que obra no solamente sobre los que hayan adquirido durante la sociedad conyugal, pues en dicha solicitud pueden hacer la liquidación y participación de los mismos, sino también, aunque no tuviesen ninguna clase de bienes, pues con esta manifestación de voluntad no hay lugar a que los que adquieran con posterioridad al decreto de separación de bienes, vengan a formar parte de la sociedad conyugal. No está demás, en consecuencia, expresar en la solicitud que aun cuando carecen de bienes de fortuna, optan por la separación de bienes, porque así cada uno de ellos puede hacer adquisiciones para su respectivo patrimonio, sin que por ningún respecto venga a tener derecho la sociedad conyugal en los mismos".

[152] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, pp. 315 y 316, indica que de ser contenciosa podrá pedirse en la demanda que de conformidad con el artículo 176 CC debe registrarse (así como la sentencia) y de no solicitarla el actor, pudiera requerirla en la contestación el demanda; D'Jesús, *Ob. Cit.*, p. 93.

[153] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 184, "es bastante común que al separarse legalmente de cuerpos, los cónyuges se separen igualmente de bienes; es decir, tomen alguna determinación acerca del activo y pasivo de la comunidad de gananciales".

precisa así, del necesario transcurso del año, a los fines de requerir tal conversión; luego de esta fecha se podrá solicitar en cualquier tiempo, porque lo importante es la existencia de la decisión judicial que decretó la separación de cuerpos.

Es de indicar que la "separación de cuerpos" cuyo efecto es suspender la vida en común de los esposos, de conformidad con el artículo 188 del CC[154], si bien generalmente es voluntaria o no contenciosa, pudiera revestir carácter contencioso, si se demanda por cualquiera de las causales que propician el divorcio, salvo la número 7, relativa a interdicción, de conformidad con el artículo 189 *eiusdem* que indica:

> Son causas únicas de separación de cuerpos las seis primeras que establece el artículo 185 para el divorcio, y el mutuo consentimiento. En este último caso, el Juez declarará la separación en el mismo acto en que fuere presentada la manifestación personalmente por los cónyuges.

Obsérvese que no se incluye en la disposición la causal número 7 del artículo 185 del CC, relativa a la "interdicción judicial" lo que la doctrina atribuye simplemente a una inadvertencia o incongruencia del Legislador de 1982 que incorporó dicha circunstancia como causa de divorcio contencioso, pero no la agregó al artículo 189 CC a los fines de la separación contenciosa. No obstante se admite que son escasos los procedimientos de separación de cuerpos contenciosa, pues en su mayoría responden al "mutuo consentimiento"[155].

El procedimiento de conversión de separación de cuerpos en divorcio precisa varios requisitos: la existencia de una decisión judicial (contenciosa o graciosa) de separación de cuerpos, la ausencia de "reconciliación", la notificación al cónyuge que no realizó la solicitud a los fines

---

[154] Véase art. 823 CC, con la separación de cuerpos y de bienes, cesa la vocación hereditaria. Se aclara que si sólo ha mediado separación de cuerpos de mutuo consentimiento sin separación de bienes los cónyuges conservan la vocación hereditaria. En el caso de separación de cuerpos contenciosa, la vocación hereditaria *ab intestato* la conserva el cónyuge inocente y la pierde el cónyuge culpable. Véase: DFMSC4, Sent. 8-1-92, J.R.G., T. 120. pp. 42 y 43, la separación de cuerpos no extingue la vocación hereditaria.

[155] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 310 y 311. Véase igualmente señalando tal, Torres-Rivero, *Mis comentarios...*, 1984, pp. 40 y 41, "El Proyectista y el Legislador en lo más mínimo pensaron este absurdo resultado de que por la 'interdicción'... sea posible el divorcio y no la separación de cuerpos".

pertinentes[156] y el transcurso de un (1) año contado a partir de la fecha de la citada sentencia de separación de cuerpos.

La reconciliación implica la reanudación de la vida conyugal con los correspondientes deberes y derechos, y de ser alegada deberá abrirse la respectiva articulación probatoria a los fines consiguientes[157]. De conformidad con el artículo 194 del CC, la reconciliación quita el derecho de solicitar el divorcio o la separación de cuerpos por toda causa anterior a ella[158]. El aparte único del Art. 765 del CPC dispone a propósito de la reconciliación: "Si se alegare la reconciliación por alguno de los cónyuges la incidencia se resolverá conforme a lo establecido en el artículo 607 de este Código".

Supone, entonces, que un procedimiento en principio sumario y no contencioso podría generar una suerte de contención –aunque no forme parte de su esencia– si surge el alegato de la reconciliación. Se indicó que la incidencia probatoria relativa a la reconciliación no le haría perder al procedimiento su naturaleza no contenciosa[159]. López Herrera señaló inicialmente que ni siquiera en caso de oposición a la conversión se precisaba notificación al Fiscal del Ministerio Público[160], pero re-

---

[156] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 298; D'Jesús, *Ob. Cit.* p. 86; Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, p. 178.
[157] Véase: Agudo Freytes, E.: *Notas sobre la reconciliación de los cónyuges.* En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.* Caracas, Vol. 28, Nº 29, 1964, pp. 10-27. Es la reanudación de la vida conyugal común, el restablecimiento de la armonía espiritual y materia entre los cónyuges que estaban separados (*ibíd.,* p. 10), quien la oponga debe señalar al Tribunal oportunidad, lugar y modo a fin de que se abra una articulación probatoria (*ibíd.,* p. 27).
[158] Agrega la norma: "...Si ocurriere en cualquier estado del juicio, pondrá término a éste; si ocurriere después de la sentencia dictada en la separación de cuerpos, dejará sin efectos la ejecutoria; pero en uno y otro caso, los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del Tribunal que conozca o haya conocido la causa, para efectos legales". Véase sobre dicha disposición: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 186 al 196, *Ob. Cit.*, pp. 353-410.
[159] Véase: CSJ/Cas., Sent. 18-10-83, J.R.G., T. LXXXIV, pp. 347 y 348; CSJ/Cas., Sent. 2-6-93, J.R.G., T. CXXV, p. 491; DFMSCM5, Sent. 20-12-83, J.R.G., T. LXXXIV, p. 62; DFMSCM7, Sent. 4-4-83, J.R.G., T. LXXXII, p. 95.
[160] Véase: López Herrera, *Anotaciones...,* p. 238. La tramitación de la conversión de la separación de cuerpos en divorcio no requiere la intervención del representante del Ministerio Público; el artículo 196 C.C. únicamente la exigen cuando el divorcio o la separación de cuerpos se llevan a cabo por medio del procedimiento contencioso típico y característico. Consideramos que la intervención del representante del Ministerio Público no se requiere ni aun en el caso de que la solicitud de conversión de la separación de cuerpos en divorcio sea objetada en razón de no haber transcurrido el tiempo desde la fecha de separación o de haber ocurrido la reconciliación. Si bien es cierto que en tales casos se transforma en contenciosos, no se trata de un juicio propiamente dicho de divorcio al cual evidente y exclusivamente alude el artículo 196 C.C. por lo demás, de no ser así ¿cuál sería la oportunidad para citar a dicho representante? Véase en el mismo sentido: CSJ/Cas, Sala Especial, Sent. 19-9-96, J.R.G., T. 139, pp. 475 y 476.

cientemente, el autor cambió de criterio y señala que en caso de mediar oposición "el proceso se transforma en contencioso y, en tal eventualidad, se hace indispensable la citación inmediata, de dicho representante, antes que el mismo pueda continuar"[161]. En esta misma orientación se aprecian decisiones del Máximo Tribunal[162]. Algunos sostienen la necesidad de intervención del Fiscal del Ministerio Público, inclusive en los procedimientos de jurisdicción voluntaria,[163] en atención al artículo 196 del CC que prevé: "*En todas las causas de divorcio y de separación de cuerpos intervendrá como parte de buena fe un representante del Ministerio Público*". No obstante el artículo 131, ord. 2° del Código de Procedimiento Civil, que data de 1987, prevé que el Ministerio Público debe intervenir: "...2° En las causas de divorcio y de *separación de cuerpos contenciosa*"[164]. De lo que se concluye que la necesidad de notificación al Fiscal del Ministerio Público sobrevendría ante el alegato de la reconciliación, porque aunque la esencia u origen del procedimiento de separación es no contencioso o de jurisdicción graciosa, se propiciaría una especie de contención y oposición.

La norma en comentarios alude a que hecha la solicitud se notificará al otro cónyuge, de lo que se deduce que si la solicitud es hecha por ambos cónyuges sin alegato de reconciliación, el juez podrá pronunciarse sin mayores formalidades, sobre la conversión en divorcio solicitada. Es de

[161] López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 238.

[162] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 81 del 6-4-00, J.R.G., T. 164, pp. 706-711; TSJ/SCS, Sent. N° 2 del 24-1-01; TSJ/SCS, Sent. N° 95 del 17-5-01; TSJ/SCC, Sent. N° 597 del 8-8-06; TSJ/SCS, Sent. N° 154 del 19-2-08.

[163] Véase en este sentido: Bocaranda, *Guía...,* pp. 763 y 764; Torres-Rivero, Arturo Luis: *Derecho de Familia –Parte General–*. Caracas, Cursos de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1967, T. II, p. 75.

[164] Según el Código Adjetivo no se precisaría notificación del Ministerio Público en separaciones de cuerpos no contenciosas o de mutuo acuerdo, pero para algunos esto no incluye la conversión. Véase: Tribunal Duodécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, enero 2008 fecha incompleta en la web) Expediente número 22.778, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/enero/2127-15-22778-S-N.html "...alguacil accidental de este Juzgado, quien dejó expresa constancia que la Fiscal 92 del Ministerio Público no recibió la mencionada boleta, según lo dispuesto en el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil y procedió a la consignación de la copia de la misma a las actas que conforman el presente expediente ordenó oficiar al Fiscal General de la República, a los fines de hacerle saber de la conducta negativa asumida por la Fiscal 92 del Ministerio Público. Así mismo este tribunal se abstuvo de emitir pronunciamiento con relación a la conversión en divorcio hasta tanto conste en autos la notificación al Fiscal General de la República".

observar, que sólo se precisa de la "notificación" mas no de la comparecencia o anuencia del otro cónyuge[165], que la única opción que tiene para frustrar el procedimiento es la prueba de la reconciliación.

En el CC de 1942, la presente posibilidad constituía la causal 7 del artículo 185 del CC (que actualmente contiene la interdicción judicial) y el tiempo para la conversión eran dos (2) años[166]. La reforma del CC de 1982 redujo el lapso, a los fines de solicitar la conversión de la separación a divorcio a un (1) año; innovación favorable[167], pues no tiene sentido útil entorpecer la extinción de una relación matrimonial sustancialmente afectada mediando una declaración judicial de separación de cuerpos. Siendo dicho lapso suficiente para una eventual reconciliación[168].

---

[165] Véase: Bocaranda, *Analísis...,* p. 99, "...para que hoy el Juez declare la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, no se requiere la anuencia del otro cónyuge. Cualquiera de los dos puede pedir la conversión, una vez cumplido el año de separación. Y ni aun el supuesto de que el otro cónyuge careciese de interés o fuese francamente contrario al divorcio, podría constituir obstáculo legal válido. En otras palabras: cumplido el año, nace para ambos cónyuges un derecho absoluto e incondicionado a pedir la conversión en divorcio. El otro cónyuge, a lo sumo, tiene que ser notificado. Esto, con fines informativos, no porque con ello se le esté dando oportunidad ni beligerancia para oponerse a la conversión. El único derecho que asiste al otro cónyuge, una vez notificado, es aducir y comprobar la reconciliación. Transcurrido el plazo de un año notificado el otro cónyuge e inexistente la reconciliación, no hay obstáculo legal alguno para que pueda impedir la conversión en divorcio"; Viso, *Ob. Cit.*, p. 162. En una forma sumaria, a petición de cualquiera de ellos previa notificación del otro cónyuge, declarará la conversión en divorcio. Cumplido el año de la separación, sin la anuencia del otro cónyuge, cualquiera de ellos puede pedir la conversión de dicha separación en divorcio. Es un derecho absoluto e incondicionado, que no puede ser coartado.

[166] Dicha norma indicaba: "7ª El transcurso de dos años después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges. En este caso, el Tribunal, procediendo sumariamente y a petición de uno cualquiera de los cónyuges, declarará la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, con audiencia del otro cónyuge y con vista del procedimiento anterior". En los Códigos Civiles anteriores configura una norma aparte: CC de 1922 y CC de 1916, artículo 199; CC de 1904, artículo 160.

[167] Véase en este sentido: Harting, *Ob. Cit.,* p. 282; Bocaranda, *Guía...,* p. 645.

[168] Véase: Bocaranda, *Guía...,* pp. 649 y 650. "La finalidad de la exigencia de un año mínimo, entre el momento de la emisión del pronunciamiento de separación de cuerpos, y el de la conversión en divorcio, radica en brindar oportunidad a los cónyuges para que recapaciten y se reconcilien. Racionalmente, el Código ha reducido ese lapso a un término prudencial, pues más de un año es algo exagerado. Si los cónyuges no se reconciliaron dentro de los doce meses subsiguientes, es menos probable que lo hagan después".

El decreto de la conversión de separación de cuerpos en divorcio tiene el efecto de extinguir el vínculo conyugal[169]. Aclara la jurisprudencia que la separación de cuerpos no es óbice para intentar acción de divorcio contenciosa por causas posteriores a aquélla[170].

La separación de cuerpos por mutuo consentimiento tiene dos formas de concluir: 1°.- por la reconciliación de los cónyuges en el transcurso del año de separación de cuerpos; o 2°.- por la decisión judicial que resuelva la petición de conversión en divorcio de alguno de los cónyuges, previa audiencia del otro[171].

3.2 *RUPTURA PROLONGADA DE LA VIDA EN COMÚN O SEPARACIÓN FÁCTICA DE CUERPOS (ARTÍCULO 185-A CC)*[172]

El artículo 185-A del CC consagra un procedimiento sumario a los fines de la disolución del vínculo conyugal, al que pueden acudir las parejas incursas en una separación de hecho de cinco años o más. En efecto, la norma prevé:

> Cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común.
>
> Con la solicitud deberá acompañar copia certificada de la partida de matrimonio.
>
> En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país.

---

[169] Véase sobre el tema: Naranjo Osty, Rafael y Morris Sierraalta: *De los efectos de la conversión en divorcio de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento.* Caracas, Talleres Tipograficos Norte, 1961; Naranjo Osty, Rafael y Morris Sierraalta. *Más sobre los efectos de la conversión en divorcio de la seriación de cuerpos por mutuo consentimiento.* Caracas, Talleres Tipográficos Norte, 1961.

[170] Véase: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 186 al 196, *Ob. Cit.*, pp. 93-95.

[171] TSJ/SCS, Sent. N° 570 del 4-4-06.

[172] Bocaranda Espinosa, Juan José: *La Separación Fáctica de Cuerpos (Artículo 185-A del Código Civil de 1982).* Caracas, Tipografia Principios, 5ª edic., 1987.

> Admitida la solicitud, el Juez librará sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público, enviándole además, copia de la solicitud.
>
> El otro cónyuge deberá comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado. Si reconociere el hecho y si el Fiscal del Ministerio Público no hiciere oposición dentro de las diez audiencias siguientes, el Juez declarará el divorcio en la duodécima audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados.
>
> Si el otro cónyuge no compareciere personalmente o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente.

El procedimiento del artículo 185-A constituye una innovación positiva de la Reforma del CC de 1982 que permite disolver en forma sumaria el vínculo conyugal en aquellas situaciones de separación fáctica de la vida común por un tiempo mayor a los cinco (5) años, aun cuando se indica que la práctica es utilizada por quienes incluso no tuvieron una separación de hecho pero cuyo matrimonio supera el tiempo indicado[173], pues la

[173] Véase: Harting, *Ob. Cit.*, pp. 281 y 282. "La reforma introduce, con la finalidad de solucionar el problema de las separaciones de hecho, que por ser tales, e independientemente de su permanencia, no permite el divorcio, la posibilidad de obtener éste al existir una ruptura de la vida en común con un lapso mayor de cinco (5) años, con la condición de que el otro cónyuge, reconozca formalmente tal circunstancia ante el órgano judicial.
Sin embargo, es factible que la antedicha figura jurídica pueda ser desnaturalizada, por utilizarla realmente para la obtención del divorcio en un plazo perentorio, cuando la relación conyugal excede de cinco (5) años, sin que verdaderamente exista el requisito de la separación de hecho. De esta forma, aun cuando el legislador, como se apuntó anteriormente, concibió tal procedimiento para la solución de las prolongadas separaciones de hecho, la cristalización normativa presenta matices defectuosos, permisivos, por ende, de la realización del divorcio por mutuo consentimiento, pues la circunstancia de la necesaria intervención del Fiscal del Ministerio Público, en la respectiva tramitación, por ser en la práctica una simple formalidad no obstaculizará en modo alguno la deformada finalidad que hemos referido.
Entendemos que la nueva regulación en relación a las largas separaciones de hecho, surge como evidente necesidad ... A pesar de ello, consideramos que no se introdujeron los necesarios mecanismos de control..."; Perera Planas, *Análisis...,* p. 131. "Parece que el Legislador, ante el hecho evidente de que el marido y mujer hayan abandonado la vida en común por el término de cinco años, considera más que probado el ánimo de ellos, de no mantenerse casados. Y facilita así la producción de un divorcio por una vía ejecutiva, tan ejecutiva que no se alude en forma alguna a las pruebas que deberían presentarse respecto a la real ocurrencia de una separación efectiva".

norma no exige prueba de la separación[174], lo que se traduce en un divorcio por mutuo consentimiento[175]. De allí que ciertamente, constituye una forma de disolución del vínculo matrimonial de común consenso, a la cual sólo pueden acudir quienes superen dicho lapso.

La norma precisa que a la solicitud debe acompañarse la copia certificada de la partida de matrimonio, la cual suele agregarse a cualquier solicitud de divorcio o de separación de cuerpos, al margen de la discusión de si constituye instrumento fundamental de la acción[176]. Para evitar que los extranjeros acudan a esta forma de divorcio expedita, la norma precisa constancia de residencia en Venezuela de diez (10) años.

De seguidas, la norma prevé la notificación al Fiscal del Ministerio Público y al otro cónyuge quien deberá comparecer PERSONALMENTE, a los fines de reconocer la separación, y de no mediar oposición del Fiscal se decretará el divorcio en la duodécima ausencia. Para

---

174 Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 132.

175 Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 179; Perera Planas, *Análisis...,* pp. 135 y 136; Ramos Sojo, S*ituaciones...,* Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1987, pp. 48 y 49; pp. 363-365.

176 Véase: Venturini, Alí José: *La partida de matrimonio como instrumento fundamental de la acción de divorcio.* (Sin notas tipográficas) ubicado en la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela; Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1987, pp. 51-55. A pesar de que opinamos que hay que probar la existencia del vínculo matrimonial, estamos ubicados en la corriente que sostiene que el instrumento prueba del matrimonio no es fundamental de ninguna acción de divorcio. Véase en este sentido; CSJ/SCMT, Sent. 2-11-67, G.F., N° 58, 2ª E., pp. 450 y 451, cuando no se debate entre la partes la existencia del matrimonio, en los juicios de divorcio y de separación de cuerpos, no hay necesidad de presentar acta de matrimonio como fundamento de la demanda; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 26-7-05, http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/128-26-1429-999.html. "Tampoco fue un hecho controvertido, sino más bien admitido, la existencia del matrimonio. Aún así, necesario es reconocer que el Acta de Matrimonio es una prueba, si no indispensable, porque de ella no se deriva inmediatamente la pretensión, cuando menos es conveniente su incorporación a los autos, debido a la trascendencia de la materia que se debate. En efecto, no se trata de un instrumento fundamental, porque por éstos debe entenderse aquellos de los que deriva inmediatamente la pretensión. Y en los procesos de divorcio, la solicitud de disolución del vínculo no deriva, precisamente, del hecho del matrimonio sino del incumplimiento de alguno de los derechos deberes que asumen los cónyuges como consecuencia de su celebración. Aunque, claro está, para poder divorciarse es necesario estar casado; pero ello no instituye el acta de matrimonio como instrumento fundamental. A manera de ejemplo, puede afirmarse que cuando la causa del divorcio se fundamente en la condenación a presidio, el instrumento fundamental de la demanda, porque de ella derivaría inmediatamente la pretensión, será la Sentencia definitivamente firme correspondiente".

algunos la solicitud de 185-A podría realizarse a través de apoderado, porque la comparecencia personal la exige la ley expresamente respecto del cónyuge no solicitante[177], lo cual es discutible dada la naturaleza personalísima y sumaria del proceso. Sin embargo, la solicitud *conjunta* de los cónyuges debería ser presentada personalmente[178] y en tal caso, obviamente sólo se precisará la notificación al Fiscal del Ministerio Público. Según indicamos, en la separación de cuerpos no contenciosa el artículo 189 CC exige una comparecencia personal dada la naturaleza y trascendencia del acto, en el artículo 185A CC el efecto extintivo del matrimonio es más inmediato que en aquélla[179], por lo que algunos han interpretado acertadamente que la presente solicitud precisa la *comparecencia personal* de los cónyuges[180] con la debida asistencia de abogado[181].

Finalmente, la norma agrega que de no comparecer el otro cónyuge si la solicitud fue individual o si éste comparece y niega el hecho o existe

[177] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.*, pp. 179 y 180 (incluyendo nota al pie); CSJ/Cas., Sent. 3-6-87, J.R.G., T. IC, p. 539. La solicitud del divorcio por el procedimiento del artículo 185-A del Código Civil puede ser presentada por medio de apoderado especial; DFMSCM10, Sent. 8-3-84, J.R.G., T. LXXXV, p. 151.

[178] Carece de sentido útil en atención a la finalidad de la norma, pretender que como la norma se refiere a solicitud individual con comparecencia del otro cónyuge, la solicitud no puede ser conjunta. Sin embargo, en la práctica forense como es natural las solicitudes conjuntas con frecuentes y debidamente tramitadas. Véase: DFMSCM8, Sent. 6-5-83, J.R.G., T. LXXXII, pp. 136-139. Del artículo 185-A se infiere que: 1.- La solicitud de divorcio por ruptura prolongada del vínculo puede ser hecha por uno o ambos cónyuges, y debe acompañarse la partida de matrimonio. Véase sosteniendo su improcedencia conjunta: Torres-Rivero, Mis..., 1987, p. 51. Considerada que no debe admitirse la solicitud presentada por los dos cónyuges, la conjunta, lo que a la vista implicaría inventar un nuevo procedimiento de divorcio, por mutuo consentimiento, para así dejar de observar las normas de procedimiento, de conducta para las partes y para el Juez, son de orden público".

[179] Véase: DFMSCM8, Sent. 6-5-83, J.R.G., Tomo LXXXII, pp. 136-139. Tiene similitud con la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, pero con un plazo más breve para declarar el divorcio.

[180] Véase: DFMSCM8, Sent. 6-5-83, J.R.G., T. LXXXII, pp. 136-139. La expresión usada por el Legislador "el otro cónyuge deberá comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado", excluye que pueda hacerlo por intermedio de un defensor *ad litem* o de un apoderado judicial. El propósito del legislador está claramente expresado de que esa comparecencia ante el Juez es personal y que a ella están obligados los dos cónyuges. ...el propósito del legislador fue la de hacer obligatoria la comparecencia personal de ambos cónyuges: DFMSC8, Sent. 1984, J.R.G., T. LXXXV, p. 117; DFMSCM8, Sent. 24-10-85, J.R.G., T. XCIII, p. 132; AMCSFM2, Sent. 3-11-94, J.P.T., Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia, Noviembre 1994, pp. 174 y 175.

[181] Véase en este sentido: Perera Planas, *Análisis...,* p. 135; Viso, *Ob. Cit.*, p. 163; Bocaranda, *Ob. Cit.*, pp. 73 ,134.

oposición justificada del fiscal del Ministerio Público, culminará el procedimiento por esta vía y se archivará el expediente[182]. Respecto a la no comparecencia o negativa del cónyuge notificado no se plantea discusión alguna, toda vez que el presente procedimiento sumario de jurisdicción graciosa precisa del concurso de voluntades de los cónyuges, a los fines de materializar el divorcio.

En cuanto a la objeción del Fiscal del Ministerio Público se ha indicado acertadamente, que no obstante la redacción de la norma en comentarios, la mera objeción del Ministerio sin fundamento alguno, no puede por sí sola generar la extinción del proceso, porque ello dejaría a la sola voluntad del funcionario la disolución del vínculo conyugal por esta vía[183]

---

[182] Lo cual no impide –para algunos– el plantear nuevamente la petición transcurrido otros cinco años. Véase: Bocaranda, *Análisis..*, p. 146). "Opinamos que el procedimiento trazado por el artículo 185a, como originalmente perteneciente a la esfera de la jurisdicción voluntaria –y sin que ello contradiga su carácter dialéctico– no acarrea el efecto de cosa juzgada, de tal forma que la solicitud de conversión del hecho-separación en divorcio, podría efectuarse cinco años después, contados a partir de la producción de aquellos efectos negativos, a condición de que efectivamente la separación se mantuviese...
Pese a todo lo expuesto, pensamos que ello no pasa de ser un planteamiento teórico, ya que frustrado el intento de obtener el divorcio por la vía del artículo 185ª, los cónyuges, en vez de aguardar el transcurso de otros cinco años preferirían –lo suponemos– recurrir a la separación de cuerpos o al divorcio en forma litigiosa". Véase en el mismo sentido: Torres-Rivero, *Mis comentarios...*, 1987, p. 65

[183] Véase: Bocaranda, *Guía...,* pp. 661 y 662. "Por lo que respecta al Fiscal del Ministerio Público, algunos pretenden que éste se limite a fungir de 'testigo de piedra', pues le consideran facultado únicamente para objetar el hecho de la separación. Ahora bien –observamos nosotros– si simplemente lo objeta, ¿está el Tribunal obligado, por esa sola circunstancia, a ordenar el archivo del expediente, como si el solo veto del Fiscal fuese suficiente, sin basamento probatorio? Pero... ¿cómo probar que no es cierta la separación fáctica, si no se da oportunidad al Fiscal para hacerlo?
Cuando el Juez, ante el solo hecho de que el Fiscal 'objete' la separación fáctica, ordena archivar el expediente, está otorgando a la opinión de dicho funcionario un valor absoluto, determinante e inconstitucional, pues deja en la indefensión al cónyuge interesado en demostrar la ausencia de reconciliación. De ahí que para hacer honor a los principios de la igualdad y del derecho a la defensa, lo más sensato y equitativo está en admitir la analogía entre la separación legal y separación fáctica, y que así como en la primera debe abrirse una incidencia probatoria cuando uno de los cónyuges aduce reconciliación, del mismo modo se deba hacer en la segunda, habida cuenta de que procede la analogía cuando no hay disposición 'precisa', aunque haya disposición 'expresa' (art. 4° CC). Ciertamente el art. 185-A es una disposición expresa, pero no es una disposición precisa. Por consiguiente procede la analogía". Véase igualmente: Bocaranda, *Análisis...,* pp. 94 y ss.; Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1987, p. 61, "Opinamos que es suficiente la oposición u objeción genérica o lata, aunque siempre queda al Juez la facultad de análisis y de apreciación en el asunto de que conoce, o sea, la solución ha de ser casuística, ya que la oposición es vinculante y quien juzga es el Juez; lo contrario sería dejar la cuestión en manos del Ministerio Público, lo que significaría convertir a su representante, el Fiscal del Ministerio Público, en Juez".

contrariando el espíritu de la norma como instrumento expedito de disolución matrimonial[184]. Se indica que efectivamente dicho funcionario no podría requerir pruebas de la separación porque la ley no las exige[185], ni tampoco entrevistas[186]. Su objeción para ser considerada por el Juzgador ha de estar fundamentada y probada[187], como por ejemplo, el alegato de un hijo común durante el tiempo de separación[188]. Pero ciertamente

---

[184] Véase: CSJ/Cas., Sent. 3-6-87, J.R.G., T. IC, p. 539, la intervención del Fiscal del Ministerio Público debe limitarse a verificar si la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en el artículo 185-A del Código Civil, encaja en la situación particular específica y concreta alegada por el cónyuge solicitante... Cualquier otra intervención del Fiscal contraría el espíritu del Legislador cuando concibió un procedimiento judicial no contencioso y expedito para extinguir el vínculo matrimonial; CSJ en Pleno, Sent. 10-7-90, J.R.G., T. CXIII, p. 641. Se observa que no es verdadero el único y deficiente alegato del recurrente de que el procedimiento de divorcio previsto en el artículo 185-A del Código Civil, última parte, el Legislador ha delegado al Ministerio Público la facultad jurisdiccional para dar por terminado dicho procedimiento. Según se evidencia del referido inciso no es el Fiscal del Ministerio Público quien está facultado para la terminación del procedimiento sino que esta potestad jurisdiccional está conferida por la ley al tribunal de la causa, el cual la ejerce por mandato del artículo 204 del la Constitución. En razón de lo expuesto la Corte considera improcedente el recurso de nulidad del último aparte del artículo 185-A del Código Civil, por su pretendida inconstitucionalidad.

[185] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 300. Es cierto que en este caso de divorcio la reforma impone la intervención del Fiscal del Ministerio Público, quien puede hacer oposición a la declaración de divorcio. Pero esta atribución del Fiscal del Ministerio Público es simbólica. En verdad no llega a entenderse qué puede alegar el mencionado funcionario para oponerse al divorcio si la ley misma faculta a los cónyuges para solicitarlo. No podría basar su oposición en que no existen pruebas de la separación de hecho durante el plazo el legal, porque la reforma no las exige"; Sojo Bianco, *Ob. Cit.* p. 179, y aunque se confiere al Fiscal del Ministerio Público la condición de legítimo contradictor, no vemos cómo y con qué fundamento podría hacer oposición 'dentro de las diez audiencias' que señala el comentado artículo".

[186] Véase: DFMSCM5, Sent. 16-9-87, J.R.G., T. C, p. 98. Se desecha la oposición del Fiscal a la solicitud del divorcio del *a quo*, porque el artículo 185-A no contempla que esté obligado el solicitante a entrevistarse con la Fiscal ni con el Juez; y porque no hay elementos para tener por incierta la afirmación del apoderado de la solicitante de que la pareja tiene más de un quinquenio sin cohabitar. En lo primero, la citada norma no contempla esa entrevista como requisito formal que deba cumplir el solicitante del divorcio, en lo segundo, si se reputa falsa cualquier afirmación del solicitante o su apoderado debe probarse tal cosa; de no, debe presumirse que es cierto lo aseverado por el interesado.

[187] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 135. Por ejemplo, la existencia, dentro de los cinco años anteriores a la solicitud de una demanda con otro fundamento, que no hubiere llegado a su término por desistimiento; o que haya sido declarada sin lugar. Ello evidencia que se intenta un alegato extraño a la verdad. O que los cinco años no han transcurrido".

[188] Véase: DFMSCM8, Sent. 6-5-83, J.R.G., T. LXXXII, pp. 136-139. Si hay oposición de la Fiscalía fundada en motivo racional (por ejemplo la existencia de un hijo nacido durante el período de ruptura hay presunción de convivencia de la pareja en ese período) y el Juez niega el divorcio y declara cerrado el procedimiento y ordena el Archivo del expediente.

el Juzgador podría desechar la objeción del Fiscal del Ministerio Público por infundada[189], pues no toda observación del Fiscal en el presente procedimiento da lugar al archivo del expediente[190].

Creemos que el presente procedimiento de jurisdicción voluntaria no admite oposición por parte del cónyuge no solicitante, por lo que la norma es clara al señalar que el proceso culmina si el cónyuge comparece y negare el hecho[191]. El supuesto bajo análisis precisa necesariamente del acuerdo o consenso de los cónyuges en la separación fáctica; no resulta pertinente considerar la apertura de una incidencia bajo el alegato de oposición del otro cónyuge por analogía con el proceso de conversión de separación de cuerpos en divorcio, porque en éste ya existe una sentencia de separación que de ser no contenciosa precisó acuerdo o consenso entre los cónyuges. Pues bien, la presente solicitud equivale

---

[189] Véase: DFMSCM9, Sent. 6-10-83, J.R.G., T. LXXXIV, pp. 119 y 120. El Fiscal del Ministerio Público solicitó se declarara terminado el expediente y se ordenara su archivo en virtud de que los cónyuges no cumplieron con los requisitos y lapsos que exige el artículo 185-A del Código Civil, siendo tal violación al lapso legal de orden público. El Juzgador consideró que el hecho de comparecer el cónyuge y renunciar al término de tres días no afecta al orden público, pues se trata de un término concedido en beneficio del citado y su renuncia no menoscaba derechos constitucionales ni procesales ni afecta a ningún particular: DFMSCM10, Sent. 8-3-84, J.R.G., T. LXXXV, p. 151. La representante del Ministerio Público en sus informes en esta instancia alega que el *a quo* violó el artículo 186 *in fine* del Código Civil porque al oponerse ella a la solicitud de la actora ha debido declarar terminado el procedimiento y ordenar el archivo del expediente, y no sentenciar el fondo, declarando con lugar la demanda y disuelto el vínculo matrimonial solicita pronunciamiento expreso sobre esta cuestión y que se revoque la decisión recurrida. El Tribunal observa: el precepto que se dice infringido establece que si el demando negare el hecho alegado por la parte actora o el Fiscal del Ministerio Público lo objetare se terminará el procedimiento. El Juzgador entiende que el sentido del texto legal se refiere a objeción de hecho, como por ejemplo, si el fiscal alegare que no es cierto que los cónyuges tengan cinco años separados o situaciones parecidas, verbi gracia, que en ese término hayan nacido hijos, y otras situaciones análogas; ni a cuestiones de derecho, que fueron las planteadas. En consecuencia, no prosperan las defensas del Fiscal.

[190] Véase: AMCSFM1, Sent. 24-4-00, J.R.G., T. 164, pp. 65 y 66.

[191] Véase en sentido contrario: Bocaranda, *Guía...,* p. 663,"... hemos dicho que el procedimiento establecido en el art. 185-A es en principio de jurisdicción voluntaria. Pero no puede negarse que, en los hechos, puede devenir en algo litigioso, cuando uno de los cónyuges introduce algún elemento contencioso, como lo es el alegato de reconciliación, alegato litigioso que no debe dejarse en el aire, sin solución, por cuanto habría denegación de justicia. Además, la propia Corte Suprema de Justicia ha admitido el carácter dialéctico del procedimiento...
...A lo dicho cabe agregar que según lo dispuesto en el art. 896 del CPC, 'las determinaciones del Juez en materia de jurisdicción voluntaria son apelables, salvo disposición especial (s.n.) en contrario', disposición privativa que no está contemplada en el procedimiento del 185-A del CC".

a dicha petición de mutuo acuerdo de separación de cuerpos, con la diferencia que en lugar de esperar un año para solicitar su conversión, la disolución del vínculo procede sumariamente. Por tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, se ha señalado que en principio no tiene cabida la apelación o la casación[192], aunque se pretenda sostener la apelación del Fiscal si se declara el divorcio no obstante su oposición[193], la misma es cuestionable porque dicho funcionario simplemente interviene como garante del orden público y parte de buena fe[194] por lo que no le es dado interponer recursos[195]. Pero excepcionalmente, podría mediar apelación de haberse producido una suerte de incidencia a raíz de oposición del Ministerio Público y así por ejemplo, la misma debería prosperar si se acoge una oposición infundada del Fiscal del Ministerio Público[196]. Se sostiene en el presente procedimiento la posibilidad de poder cautelar a favor de los hijos comunes[197].

[192] Véase: CSJ/Cas., Sent. 13-11-85, J.R.G., T. XCIII, p. 518; DFMSCM3, Sent. 22-10-85, J.R.G., T. XCIII, p. 37.
[193] DFMSCM5, Sent. 20-12-83, J.R.G., T. LXXXIV, pp. 61-63. Es apelable por el Fiscal del Ministerio Público la sentencia que declara el divorcio por el artículo 185-A del Código Civil a lo que se había opuesto el Fiscal. Tal procedimiento no contencioso podría transformarse en tal si se atacara la solicitud del divorcio, al hacer oposición el Fiscal del Ministerio Público a que haya la declaratoria del divorcio y en consecuencia el mismo está legitimado para apelar por lo acontecido con dicha oposición.
[194] Véase: DFMSCM8, Sent. 4-10-85, J.R.G. ,T. XCIII, p. 111; DFMSCM10, Sent. 30-6-86, J.R.G., T. XXCV, p. 203. El Ministerio Público es parte de buena fe y no puede oponer excepciones.
[195] Véase: CSJ/Cas., Sent. 17-2-89, J.R.G., T. CVII, pp. 299 y 300. En nuestra legislación se consagra una doble modalidad del recurso de apelación, el principal y el adhesivo. Las dos son formas de manifestación diferentes de un mismo recurso, por lo cual se debe tener la cualidad procesal para interponerlo. Si el Ministerio Público debe intervenir en las causas de divorcio (art. 131, ord. 2 CPC), no puede interponer apelación ni cualquier otro recurso contra las decisiones dictadas (art. 133 *eiusdem*). Al carecer de cualidad para interponer el recurso de apelación, era evidente que también estaba carente de legitimidad, en caso de procedencia, para adherirse a la apelación. Véase inclusive respecto de procesos contenciosos: DFMSCM2, Sent. 27-6-90, J.R.G., T. CXII, p. 21. El Ministerio Público carece de legitimación para impugnar decisiones dictadas en las causas de divorcio y se separación de cuerpos contenciosa.
[196] Véase: AMCSFM1, Sent. 24-4-00, J.R.G., T. 164, pp. 65 y 66.
[197] Véase: CSJ/Cas., Sent. 22-11-89, J.R.G., T. CX, p. 505. Durante el desarrollo del procedimiento especial consagrado en el artículo 185-A del Código Civil, el poder tutelar del juez civil puede hacerse presente para salvaguardar los intereses de uno de los cónyuges o de ambos; para preservar los derechos de los hijos, los bienes de la comunidad, etc. Dicho procedimiento no limita ese poder tutelar; éste se manifiesta cuando la parte interesada así lo requiera o cuando las circunstancias así lo aconsejen y podrán dictarse cualesquiera de las medidas provisionales que pauta el artículo 191 *eiusdem*.

Finalmente, es de indicar que el presente procedimiento no admite en su solicitud realizar una suerte de separación de bienes[198]. Esto pues la misma está prevista legalmente según indicamos respecto de la separación de cuerpos, por lo que no es trasladable al caso que nos ocupa.

Ahora bien, de existir hijos menores de edad el escrito de divorcio por el artículo 185-A debe contener las previsiones del artículo 351, Parágrafo Primero de la LOPNNA: Cuando el divorcio se solicita de conformidad con la causal prevista en el artículo 185-A del Código Civil, los cónyuges deben señalar quién ha ejercido la Custodia de los hijos e hijas durante el tiempo que los padres han permanecido separados o separados de hecho, así como la forma en que se viene ejecutando la Obligación de Manutención y el Régimen de Convivencia Familiar, todo lo cual debe ser tomado en cuenta por el juez o jueza a los fines consiguientes.

Que el presente procedimiento constituye una grata innovación del legislador del CC de 1982 es indudable, porque la ciega y desmedida defensa a la tesis de la preservación del vínculo matrimonial a toda costa desconoce –como dijimos al comienzo del tema– que no hay

[198] Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 158 del 22-6-01; CSJ/Cas., Sent. 22-11-89, J.R.G, T. CX, p. 505. El artículo 185-A persigue como único objetivo disolver el matrimonio en breve lapso, pero en la solicitud que se realiza ante el Juez competente, no se dilucida la liquidación de la comunidad o la partición de los bienes; ésta viene a ejecutarse, una vez que se produce la sentencia ejecutoriada que declara el divorcio y así lo establece el artículo 186 del Código Civil; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 10-1-05, Exp. 04-24.768, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2005/enero/101-10-24.768-.html se indica en decisión relativa a 185aCC: "En cuanto a la adjudicación de los bienes señalados por los solicitantes, como pertenecientes a la comunidad conyugal, el tribunal considera que toda partición y adjudicación de bienes antes de la disolución del vínculo matrimonial, es nula, toda vez que si bien es cierto que con la disolución del vínculo se acaba la comunidad conyugal, no es menos cierto que a ésta la sustituye una comunidad ordinaria sobre todos los bienes que pertenecieron a la comunidad conyugal. Los ex cónyuges quedan como copropietarios de esos bienes comunes, en la forma y proporción que les correspondía anteriormente, y de las utilidades, rentas e intereses que éstos produzcan, mientras no se realice la liquidación y división de la comunidad ordinaria. En consecuencia, este Tribunal declara sin lugar la cesión de los derechos y adjudicaciones de los bienes de la comunidad conyugal, contenida en el escrito inicial, por resultar improcedente y así de decide". Véase, sin embargo, atendiendo a dicho acuerdo: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 26-2-07, N° 008422, http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1695-26-008422-.html "debe procederse a la liquidación de la comunidad de gananciales en los términos indicados en la demanda de divorcio, en razón que fue acordado de común acuerdo por las partes, y en virtud de ello sería inútil proceder a la liquidación como lo solicita la recurrente de marras".

poder humano ni jurídico capaz de mantener unidas a dos personas que no lo desean, o más aún, simplemente una de éstas. De tal suerte, que la voluntariedad como un elemento de autodeterminación proyectado en la institución matrimonial, amén de todas las graves consecuencias personales, patrimoniales y jurídicas que propicia la vigencia de un matrimonio no obstante la separación y la ruptura, permiten abogar por darle cabida a la voluntad en la disolución del vínculo conyugal. Ello no es contrario a la noción de orden público, pues las normas inderogables que amparan el matrimonio tendrán efectiva aplicación mientras dure éste.

Sería recomendable de *lege ferenda*, ampliar opciones como la del 185-A del CC y darle mayor cabida a la voluntad como forma de disolución del vínculo matrimonial; dejar atrás la idea de la preservación del matrimonio a toda costa, y reconocer jurídicamente que hay materias donde la coacción jurídica no encuentra razón y una de ellas es precisamente en la preservación del vínculo matrimonial. El cónyuge que acude unilateralmente al órgano jurisdiccional para ser liberado de su estado mediante el divorcio y obtiene una sentencia sin lugar, seguramente no por ello cambiará su sentido y determinación. Existirá una unión que formalmente no fue declarada disuelta y sin embargo sustancialmente lo estará, con las perniciosas consecuencias que ello acarrea y el Derecho por sí solo no logrará subsanar, porque así como para casarse se precisa la concurrencia de voluntades, también la misma se requiere para mantener la vigencia real de tal unión. En tal estado, cabe preguntarse sobre el sentido útil, humano y efectivo de la ley en dificultar la disolución del vínculo conyugal.

Al efecto, comenta en forma cruda pero acertada Perera Planas el procedimiento bajo análisis:

> ¿Es esta causal la aceptación del simple consentimiento como vía para terminar el matrimonio? No hay duda. Y no me explico el camino que se buscó para implantarlo. Yo muchas veces he dicho que la defensa del matrimonio por su vinculación con la familia y el interés que tiene ésta para la sociedad, la Nación y el Estado, no puede llegar al grado de desconocer al individuo como sujeto principal de toda la legislación. Y si el indivi-

> duo va al matrimonio libremente, libremente se le debe permitir que salga de él. Resultaba mucho mejor abordar la tesis del divorcio opción, libertad para estar en matrimonio; libertad para dejarlo, que coger el camino tortuoso de justificar un divorcio en los términos del actual, por mutuo consentimiento, previo el transcurso de cinco largos años. O hacer que los abogados sigamos metiendo mentiras, que siempre encuentran la santificación judicial[199].

Vale referir las consideraciones de la Sala Social del Máximo Tribunal a propósito de la materia que nos ocupa:

> ...No debe ser el matrimonio un vínculo que ate a los ciudadanos en represalia por su conducta, sino por el común afecto; por tanto, las razones que haya podido tener un cónyuge para proferir injurias contra el otro, sólo demuestran lo hondo de la ruptura y la imposibilidad de una futura vida común. En estas circunstancias, en protección de los hijos y de ambos cónyuges, la única solución posible es el divorcio[200].

[199] Perera Planas, *Análisis...*, pp. 135 y 136.
[200] Tribunal Supremo de Justicia/SCS, Sent. N° 192 del 26-7-01. Se indica previamente: "La existencia de previas o contemporáneas injurias en las cuales pueda haber incurrido el cónyuge demandante, darían derecho a la demandada a reconvenir en la pretensión de divorcio, pero de manera alguna pueden desvirtuar la calificación de injuriosa dada por el Juez a las expresiones y actos de la demandada; por el contrario, hacen más evidente la necesidad de declarar la disolución del vínculo conyugal.
Los motivos de la conducta del cónyuge demandado, por las razones antes indicadas, no pueden desvirtuar la procedencia del divorcio; por consiguiente, las evidencias a las cuales se refiere la denuncia no son capaces de influir en lo decidido y la omisión parcial del examen de las pruebas no impidió a la sentencia alcanzar su fin.
Por el contrario, cumpliendo con el deber de hacer justicia efectiva, el Estado debe disolver el vínculo conyugal cuando demostrada la existencia de una causal de divorcio, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial".

4. CONSIDERACIONES PROCESALES[201]

Según indicamos, el procedimiento de divorcio (y de separación de cuerpos) podría ser contencioso o no contencioso (de jurisdicción voluntaria). Al primero se acude obviamente cuando no media consenso o acuerdo entre las partes, y se rige por los artículos 754 al 761 del Código de Procedimiento Civil[202]. Vale recordar que de conformidad con el artículo 191 CC sólo puede ser intentada por el cónyuge que no dio lugar a ésta, y es menester ubicar la situación en una de las causales taxativas del artículo 185 CC (art. 755 Código de Procedimiento Civil). La separación de cuerpos por mutuo consentimiento está prevista en los artículos 762 al 765 del CPC. Pueden tener lugar en el correspondiente juicio de divorcio o separación de cuerpos, como es natural, medidas preventivas, lo cual está previsto inclusive de manera especial en el artículo 191[203], ords. 1 y 3 CC[204], este último dirigido a los bienes comunes[205]. El artículo 761 del Código de Procedimiento Civil dispone

---

[201] Véase: Hernández Bretón, Eugenio: *Jurisdicción en materia de divorcio en la Ley de Derecho Internacional Privado.* En: *Revista de Derecho N° 1.* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000, pp. 249-258; Núñez Alcántara, Edgar; *Normas procesales sobre el divorcio y la separación de cuerpos sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1987.* Valencia, Vadell Hermanos, 1987; Perera Planas, Nerio: *Medidas provisionales en los juicios de divorcio.* Caracas, ediciones Magón, 1976; Perera Planas, Nerio: *Los bienes durante el divorcio*. En: *Revista Forum N° 2.* Colegio de Abogados del Estado Aragua. Maracay, 1983, pp. 61-86; Perera Planas, Nerio: *El Divorcio Ejecutivo*. En: *Revista del Colegio de Abogados del Estado Aragua N° 3.* Maracay, enero-abril 1984, pp. 69-83; Marín Echeverría, Antonio R.: *La confesión judicial y su valor en los juicios de divorcio.* En: *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes N° 19,* 1995-1996, Mérida, pp. 117-158 (en lo sucesivo al referirnos al autor será a "Derecho Civil I"); Dam Hurtado, Holanda E.: *La prueba de testigos en el procedimiento de divorcio.* Tesis de Grado Especialista en Derecho Procesal Universidad Católica "Andrés Bello", 2002, tutor Paolo Longo; Cecchini, Francisco Carlos y otros: *Daños entre cónyuges: prejuicialidad y responsabilidad civil.* Rosario-Argentina, Zeus, 1994.

[202] La posibilidad de reconvención está prevista en el artículo 759 Código de Procedimiento Civil.

[203] Véase sobre tal norma: CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 186 al 196, *Ob. Cit.*, pp. 167-276.

[204] El ordinal 2 del artículo fue derogado por el art. 684 de la LOPNNA.

[205] Véase: Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 27-6-05, Exp. N°. 00687-05/P.37-05, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/528-27-687-05-87.html. "En relación a la medida decretada por el *a quo* con fundamento en el artículo 191 del Código Civil, la misma es dictada como medida asegurativa para salvaguardar los bienes pertenecientes a la comunidad conyugal, ante un futuro o eventual juicio de liquidación y partición de comunidad conyugal, por lo que, las medidas dictadas sobre tales conceptos, bajo el argumento dado por el demandado de que a la cónyuge actora sólo le corresponden algunos intereses, no pueden ser reducidas en esta instancia, y lo acordado por el *a quo* está ajustado a derecho al no mediar prueba alguna que demuestre lo contrario. Así se declara".

que la apelación a tales medidas será en un solo efecto y la norma agrega que las mismas no se suspenderán después de declarado el divorcio o la separación de cuerpos; situación que pretende preservar el patrimonio de la comunidad de gananciales[206].

Ahora bien, en casos donde medien niños o adolescentes, amén de la competencia de los Tribunales respectivos, en materia de divorcio y separación de cuerpos, debe tenerse en cuenta las disposiciones de la LOPNNA; en torno al procedimiento contencioso los artículos 177, parágrafo primero, letra j y k [207], 520 al 522, 450 y ss.; respecto de jurisdicción voluntaria los arts. 177, parágrafo segundo, g[208] y 511 y ss.

Al margen del divorcio, la patria potestad corresponde a ambos progenitores (artículo 349 de la LOPNNA), así como la responsabilidad de crianza o antigua guarda (arts. 358 y 359 LOPNNA); pero el art. 360 *eiusdem* prevé en caso de divorcio o separación la forma de determinar la custodia individual[209]. El art. 351[210] de la LOPNNA señala el deber

[206] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 473 del 16-11-00: "el legislador, al establecer en el artículo 761 que la apelación se oirá en un solo efecto, está manteniendo la medida preventiva hasta la decisión del Superior, lo cual no debe verse alterado por la introducción jurisprudencial de la oportunidad de oposición en primera instancia a la medida, porque el principal bien protegido es el patrimonio conyugal. Por otra parte, el mantenimiento de las medidas dictadas sobre bienes del patrimonio conyugal, luego de concluido el juicio de divorcio y hasta la definitiva partición de la comunidad, constituye una excepción al principio de que las medidas preventivas sólo se dictan y mantienen en el curso del proceso –*pendente lite*–, pues por disposición especial duran hasta la partición, salvo que las partes de mutuo acuerdo soliciten su suspensión.

[207] Indica que corresponde a la jurisdicción contenciosa, letra j: "Divorcio, nulidad de matrimonio y separación de cuerpos, cuando hayan niños, niñas o adolescentes comunes o bajo responsabilidad de crianza y/o patria potestad de alguno de los cónyuges", letra k prevé: "Divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos, liquidación y partición de la comunidad conyugal o de uniones estables de hecho cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes".

[208] Que somete a la jurisdicción voluntaria "Separación de cuerpos y divorcio de conformidad con el artículo 185-a del Código Civil, cuando hayan niños, niñas o adolescentes, o cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes".

[209] El artículo 359 LOPNNA prevé la posibilidad de "custodia compartida".

[210] "En caso de interponerse acción de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, el Juez o jueza debe dictar las medidas provisionales, en lo referente a la Patria potestad y a su contenido, particularmente en lo que concierne a la Custodia, al Régimen de Convivencia Familiar y a la Obligación de Manutención que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho años y, a los que, teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente. En todo aquello que proceda, el juez o jueza deber tener en cuenta lo acordado por las partes".

del Juez de dictar medidas provisionales en lo atinente al contenido de la patria potestad como la custodia, convivencia familiar y obligación de manutención. Su parágrafo primero señala la necesidad de indicar en la solicitud de 185A lo relativo a la custodia, manutención y convivencia familiar. Ello resulta igualmente aplicable a casos de separación de cuerpos. Se ha considerado que tal determinación es fundamental a los fines de pronunciarse el Juez sobre la separación[211].

Recordemos que el parágrafo segundo del artículo 351 de la LOPNNA señala que de declararse con lugar la sentencia por las causales 4 y 6 del 185 CC, se declarará "*extinguida"* la patria potestad, a lo que hemos observado que debe entenderse "*privado*", dado el carácter definitivo e irreversible de la extinción (muerte, mayoridad o emancipación) y temporal de la privación que supone la posibilidad de rehabilitación previo cumplimiento de los trámites de ley. Pretender lo contrario constituiría la aplicación de sanciones perpetuas (porque durarían toda la minoridad) prohibidas por la Carta Magna (art. 44, ord. 3)[212].

Debe también tenerse en cuenta la determinación del tribunal competente en atención al domicilio conyugal,[213] de conformidad con los artículos 140-A y 754[214] CPC[215]. Según este último responderá al lugar donde los cónyuges ejercían los deberes y derechos inherentes a su estado. El artículo 453 de la LOPNNA no varía tal competencia en

[211] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/SConst, Sent. N° 2174 del 15-9-04.
[212] Véase *supra* N° V.2.4 y V.2.5. Véase nuestros comentarios en: *Innovaciones de la Reforma de la LOPNA en materia de patria potestad.* En: Revista de Derecho N° 28, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 131-182.
[213] Véase sobre el mismo: Esparza, Jesús: *El Domicilio Conyugal a la luz de los artículos 140-A del Código Civil y 754 del Código de Procedimiento Civil.* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de La Universidad del Zulia,* Maracaibo, N° 68, Enero-junio 1992, pp. 45-61. Véase también: Poleo de Báez, Yolanda: *El Domicilio Conyugal.* En: Revista del Consejo de la Judicatura N° 20, Julio-Sep. 1982, Año 7, pp. 71-78. (Análisis histórico); Domínguez Guillén, *La sede jurídica...,* pp. 486-490.
[214] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 63 del 14-12-00.
[215] Véase también: *Ley de Derecho Internacional Privado,* Artículo 23: "El divorcio y la separación de cuerpos se rigen por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda. El cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia habitual".

materia de divorcio o nulidad de matrimonio[216]. Comenta acertadamente Esparza que la competencia por el territorio de los cónyuges que nunca tuvieron residencia común se determina, a falta de previsión expresa por la regla general procesal del fuero del demandado, lo cual es correcto si pensamos que éste puede no coincidir con el lugar de celebración del matrimonio (residencia de uno de los contrayentes)[217].

El divorcio y la separación de cuerpos, constituyen acciones personalísimas que dada su naturaleza no admiten la representación legal; la ley concede capacidad plena[218] o en situaciones particulares capacidad limitada[219]. Por ende, quienes tienen capacidad matrimonial, poseen en principio capacidad procesal –aunque en algunos casos limitada– para solicitar la disolución del vínculo conyugal, bien sea por vía contenciosa o voluntaria. Al distinguir entre los incapaces debe precisarse, que el *entredicho judicial* no puede intentar tal acción de divorcio por carecer de discernimiento, y mal podría su tutor intentar por él una acción donde no rige la presentación legal[220]. El *entredicho legal* ciertamente podrá divorciarse, pues la sanción que le impone el artículo 23 del Código Penal se limita exclusivamente al ámbito negocial patrimonial por acto entre vivos, de tal suerte que no ve afectada su negocial para actos personalísimos (tales como el matrimonio o el reconocimiento) ni la capacidad procesal[221].

[216] Indica la norma: "El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes competente para los casos previstos en el artículo 177 de esta Ley es el de la residencia habitual del niño, niña o adolescente para el momento de la presentación de la demanda o solicitud, excepto en los juicios de divorcio o de nulidad del matrimonio, en los cuales se aplicará la competencia por territorio establecida en la ley". (Destacado nuestro).

[217] Véase: Esparza, Jesús: *El Domicilio Conyugal a la luz de los artículos 140-A del Código Civil y 754 del Código de Procedimiento Civil. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de La Universidad del Zulia,* Maracaibo, N° 68, Enero-junio 1992, pp. 48 y 49; Domínguez Guillén, *La sede...,* pp. 488 y 489.

[218] Es decir, que el sujeto podrá actuar por sí solo.

[219] Significa que si bien la persona tiene la iniciativa del acto, precisará de la "autorización" o de la "asistencia". Ello acontece por ejemplo respecto de actos personalísimos de contenido patrimonial como es el caso de las capitulaciones matrimoniales del menor emancipado (art. 146 CC) y del inhabilitado (artículo 147 CC).

[220] Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 433-436.

[221] Véase: *Ibíd.,* pp. 438 y 439. Véase: Corte Marcial, Caracas, Sent. 28-7-06, Exp. Nº CJPM-CM-046-06, http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/342-28-CJPM-CM-046-06-CJPM-CM-046-06.html alega el solicitante que "Evidentemente el derecho que tiene un ciudadano de divorciarse, no está contemplado en la norma contenida en el artículo 23 del Código Penal Venezolano, formando parte de los efectos de la interdicción civil".

El *menor emancipado* precisa, a tenor del artículo 383 CC, "*para estar en juicio y para actos de jurisdicción voluntaria"* de la asistencia de uno de los progenitores que ejercería la patria potestad y a falta de ellos "por un curador especial que el mismo menor nombrará con la aprobación del Juez"[222], así pues, el menor tiene capacidad procesal limitada para el acto procesal del divorcio. Sin embargo, el carácter personalísimo de tales actos se evidencia no sólo en conservar la iniciativa del acto sino en la posibilidad de solventar la falta o negativa de los progenitores mediante un curador *ad hoc* "*que el mismo menor nombrará con la aprobación del Juez*". El *inhabilitado*[223] según indicamos al referirnos a la capacidad matrimonial[224] tiene capacidad negocial para actos personalísimos[225] como el matrimonio, toda vez que la asistencia que le impone la ley en el artículo 409 CC se limita a actos de contenido patrimonial. Dicha norma incluye la necesidad de asistencia para "*estar en juicio*", lo que supone que ésta se precisa para el divorcio contencioso y separación de cuerpos contenciosa[226], más no así para los casos de jurisdicción voluntaria (separación de cuerpos de mutuo consentimiento y 185A CC). Esto último en atención al carácter taxativo o de interpretación estricta de la incapacidad y en consonancia con la asistencia requerida expresamente al emancipado "*para actos de jurisdicción voluntaria".* Sin embargo, de mediar separación de bienes o liquidación de éstos por tratarse de actos negociales patrimoniales de disposición, el inhabilitado sí precisa de la debida asistencia, no obstante pertenecer a la jurisdicción voluntaria.

---

[222] Obsérvese que en el caso del emancipado la ley extiende la capacidad limitada inclusive a la jurisdicción voluntaria (separación de cuerpos no contenciosa y 185ª), por lo que cabe concluir que se precisa de la asistencia indicada en tal caso.

[223] Vale recordar que la Ley para las Personas con Discapacidad (G.O. 38.598 del 5-1-07) derogó el artículo 410 CC que establecía la inhabilitación legal, por lo que sólo subsiste la inhabilitación judicial.

[224] Véase *supra* N° III.2.

[225] Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 378.

[226] Sin embargo, vale sostener que la negativa del curador a prestar la asistencia podría ser subsanada con el nombramiento de un curador *ad hoc* o a través de autorización judicial, de forma semejante a la imposibilidad de asistencia de los progenitores del menor emancipado, pues lo contrario sería dejar a la decisión de un tercero el ejercicio de una acción personalísima como la de divorcio, amén que el inhabilitado tuvo capacidad plena para contraer matrimonio.

El divorcio –según indicamos– constituye la disolución por sentencia[227] del vínculo matrimonial válidamente constituido. Significa que los efectos de la extinción del matrimonio como es natural tienen lugar a partir de la decisión judicial, no obstante que la ley prevé que las sentencias constitutivas de estado como las de divorcio, separación de cuerpos y nulidad de matrimonio han de ser registradas[228]. De conformidad con el artículo 186 del CC, con la sentencia ejecutoriada de divorcio se extingue el matrimonio y cesa de derecho –aunque la sentencia no lo indique– la comunidad conyugal[229]. Dada la trascendencia en cuanto a sus efectos del divorcio, el poder otorgado para el ejercicio de dicha acción debe ser especial[230], es decir, debe el ejercicio específico de dicha acción, y no simplemente un poder general con facultad para intentar genéricamente las respectivas acciones o defensas en juicio.

Al extinguirse el matrimonio cesan los deberes y derechos asociados a aquél, como es el caso de los contenidos en los artículos 137 y 139 del CC[231], y cesa por ende obligación de alimentos, salvo en los supuestos excepcionales del artículo 185, num. 7° y 195 del CC[232].

---

[227] Véase en torno a la sentencia extranjera en materia de divorcio: Sánchez-Covisa, Joaquín: *La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio*. Publicaciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 6. Caracas, El Cojo, 1956; Madrid M., Claudia C.: *Eficacia Extra Exequátur de las resoluciones de nulidad, separación de cuerpos y divorcio en Venezuela*. En: *Estudios de Derecho Procesal Civil Libro Homenaje a Humberto Cuenca*. Colección Libros Homenaje N° 6. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 499-517; Hernández-Bretón, Eugenio: *Divorcio portugués en Venezuela*. En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, pp. 713-730.
[228] Véase artículo 507 ord. 1° CC. Respecto a la separación de bienes, véase artículos 176 y 190 CC. Este último indica que "...la separación de bienes no producirá efectos contra terceros, sino después de tres meses de protocolizada la declaratoria en la Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal".
[229] Véase *supra* N° IV.3.6.
[230] Véase: AMCSFM2, Sent. 2-12-96, J.R.G., T. 140, pp. 84 y 85.
[231] CS1CDF, Sent. del 14-12-71, J. R. G, T. XXXII, pp. 159-161.
[232] Véase *supra* N° II.3.1.

Capítulo VI

El Estado familiar filiatorio (paternidad y maternidad)

1. **La paternidad y la maternidad.**
2. **La filiación paterna: 2.1** *Matrimonial*. **2.2** *Extramatrimonial:* **2.2.1** Reconocimiento voluntario. **2.2.2** Reconocimiento forzoso.
3. **La filiación materna: 3.1** *El nacimiento.* **3.2** *Establecimiento*: **3.2.1** En la partida de nacimiento. **3.2.2** Supletorio (voluntario y forzoso). **3.2.3** Impugnación: **3.2.3.1** Normas generales. **3.3.3.2** Fecundación artificial.
4. **Prueba de la filiación.**
5. **Derechos derivados de la filiación.**
6. **La filiación adoptiva.**

1. LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD

La unión sexual entre un hombre y una mujer puede generar una nueva vida, a saber, un hijo común. De allí que el fenómeno natural de la concepción o fecundación[1], de llegar a concretarse el nacimiento, de-

[1] Esto es, la unión de la célula sexual femenina (óvulo) con la masculina (espermatozoide).

rive en un vínculo natural y jurídico que une a los progenitores con el respectivo hijo.

Al margen de la posibilidad científica de la clonación o fotocopia genética en virtud de la cual un sujeto podría repetirse genéticamente, lo que configura a nivel jurídico una violación al derecho a la identidad[2] y al derecho a tener un padre y una madre, entre otros, la generalidad de los seres humanos –por fortuna– ciertamente somos producto de la unión de dos seres de distinto sexo que se constituyen en nuestros progenitores. No ha llegado la ciencia –al menos todavía– a lograr la generación de un nuevo ser a partir de dos personas del mismo sexo. La naturaleza y el orden jurídico reclaman así el derecho de toda persona a tener un padre y una madre, esto es, a la necesidad de una figura "paterna" constituida por un "hombre" y una figura "materna" constituida por una "mujer". Necesidad que se deriva en un importante derecho para el niño según el artículo 56 de la Carta Magna[3], así como el derecho del hijo a ser cuidado por los padres, de conformidad con los artículos 75[4] y

---

[2] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 116-123. Véase también *infra* N° VI.3.3.3.2.

[3] "Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación".

[4] Que indica: "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.
Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen.
Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional".

76 *eiusdem*[5]. Lo cual está reforzado en otras normas jurídicas de la LOPNNA[6] y la Convención sobre los Derechos del Niño[7]. Precisamente la importante distinción entre maternidad y paternidad[8] permite percibir la dificultad de admitir jurídicamente en el estado actual de nuestro Derecho, la posibilidad de que las parejas homosexuales asuman la crianza del niño, pues el interés superior de éste reclama la necesidad de una figura paterna y materna[9]. Los artículos 411 y 399 de la Reforma de LOPNA, es decir, la LOPNNA[10] exigen expresamente la unión estable entre "*hombre y mujer*" a los fines de la adopción y la colocación, respectivamente. Lo anterior en consonancia con el artículo 77 de la Constitución[11].

Algunos se refieren inclusive al derecho a la "maternidad" o a la "paternidad" para significar el derecho de todo ser humano a constituirse en progenitor o progenitora. Pero no creemos que el mismo pueda

[5] Que prevé: "La maternidad y la paternidad son protegidas íntegramente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos. El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlas cuando aquél o aquélla no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria". (Destacado nuestro).

[6] Véase artículos 5, 25, 26 y 27.

[7] Véase artículo 7, num 1, artículo 9 num 3. Véase también: *Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño* (Res. 1386 del 20-11-59) que indica que "...deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres..." (Destacado nuestro).

[8] Véase respecto de su enfoque psicológico: Arvelo Arregui, *Leslie: Paternidad, maternidad y género.* En: *Otras miradas,* Vol. 4, N° 2, Diciembre 2004, www.saber.ula.ve/db/ssaber/Edocs/grupos/gigesex/otrasmiradas/rev4_2/articulo_3.pdf; Arvelo Arregui, Leslie: *Masculinidad y función paterna.* En: *Otras Miradas,* Vol I, N° 1, Diciembre 2001, www.saber.ula.ve/gigesex/otrasmiradas

[9] Véase: *infra* Nº XII.4; Baumeister Toledo, Alberto: *Algunas consideraciones sobre los efectos de ciertos patrones de conducta sexual frente al ordenamiento jurídico venezolano.* En: *Temas de Derecho Civil.* Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, Vol. I, pp. 320 y 321.

[10] *Gaceta Oficial Extraordinario* Nº 5.859 del 10 de diciembre de 2007.

[11] Que alude expresamente a la equiparación con el matrimonio de uniones de hecho entre un hombre y una mujer que reúna los requisitos ley. Véase: TSJ/Sala Const, Sent. 190 del 28-2-08; *infra* Nº XII.4

pretenderse individualmente y en términos absolutos, pues la maternidad precisa de la "paternidad" para satisfacer el derecho de todo niño a tener una figura materna y paterna. De allí que resulte cuestionable el derecho exclusivo y unilateral de la mujer a practicarse una fertilización artificial con prescindencia de permitirle a su hijo, el necesario disfrute de la figura paterna[12]. Por esto la maternidad individual –al menos deliberadamente decidida por vía artificial– al margen de la polémica[13] choque –según veremos[14]– con el derecho del niño a disfrutar de la paternidad[15]. El hijo tiene derecho a la paternidad y la maternidad, por lo que su existencia no puede verse únicamente en función de esta última[16].

El natural deseo de reproducirse constituye una necesidad humana que se proyecta inclusive como derecho de contenido constitucional. En efecto, el citado artículo 76 de la Constitución, se refiere expresamente a la protección de la maternidad y la maternidad[17], y algunos lo han señala-

---

[12] Situación que se agrava ante la posibilidad de la inseminación *post mortem* donde el progenitor o más precisamente el dador del semen, ni si quiera existe al momento de la concepción.
[13] Véase: Lloret, Sonia: Maternidad independiente. Hay quienes preferirán hijos sin amoríos. En: www.une.edu.ve/salud/articulos/pandora/HijosSinAmorio.htm
[14] Véase *infra* N° VI. 3.3.3.2.
[15] Véase en este sentido: Bernard Mainar, Rafael: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000, p. 99, indica que "no obstante, la decisión del legislador español que es una de las pocas que lo permite, puede entenderse como una discriminación negativa para el propio hijo, pues está condenado de manera irremisible a no tener progenitor ni padre durante toda su vida, con las implicaciones o consecuencias que ello puede acarrear para su integridad y desarrollo armónico vital"; Castán Vázquez, José María y otros: *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, UPCM, Javier Gafo (edi), 1986, pp. 121 y 122, la fertilización artificial de mujeres solteras o viudas (sin pareja), supone el nacimiento de un hijo sin padre.
[16] Perrot, Celina Ana: *Algunas consideraciones acerca de la inseminación de mujeres solas*. En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas,* 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, p. 383, "se considera inaceptable también la fecundación artificial de un mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador. Sin juzgar la intención de las personas que la buscan en tales circunstancias, hay que recordar también que el hijo no debe convertirse en un alivio o compañía para el dolor de la muerte o la soledad".
[17] Véase también artículo 18 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad que prevé "El Estado desarrollará programas dirigidos a garantizar la asistencia y protección integral de la maternidad y paternidad, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana y la ley".

do como una categoría especial de derechos[18]. Dicha norma consagra para las parejas lo que podríamos denominar "*el derecho a procrear o concebir*"[19]. Se deduce que "*las parejas*" tienen un derecho constitucionalmente consagrado, a fin de acceder a los medios necesarios a los fines de materializar la posibilidad de "concebir". Para algunos el artículo 76 alude a una suerte de "planificación familiar" que incluye los métodos anticonceptivos[20]. Pero ciertamente, el asunto va más allá: El Estado debe ofrecer los servicios médicos y sociales necesarios para que las parejas de escasos medios económicos puedan hacer efectivo este derecho, inclusive en casos de infertilidad, lo cual ha sido expresamente consagrado en el artículo 20 la Ley de Protección a las Familias, la maternidad y la paternidad[21], dada la incidencia de la infertilidad[22]. El artículo 18 *eiusdem* señala que el Estado desarrollará programas dirigidos a garantizar asistencia y protección integral a la maternidad y paternidad de conformidad con la Constitución.

---

[18] Véase: Combellas, Ricardo: *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* Caracas, McGraw-Hill, 2001, p. 100, ubica la protección de la maternidad y la paternidad consagrada en el artículo 76 de la Constitución entre los derechos de la persona a una protección especial derivada de su específica condición; Brewer-Carías, Allan R.: *La Constitución de 1999.* Caracas, edit. Arte, 2ª edic., 2000, pp. 177 y 178.

[19] Véase al respecto: Silva Mac Iver, Jaime: *El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno.* En: *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 283-306. Véase también: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 1456 del 27-7-06, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm. El derecho a procrear no es más que el derecho natural de concebir un ser; derecho éste que al igual que los derechos a la maternidad y paternidad suponen obligaciones en los sujetos que los encabezan, y el ejercicio de estos derechos supone el libre desenvolvimiento de la personalidad.

[20] Véase: Raffalli A., Juan M.: *La protección de la familia en la Constitución Venezolana de 1999.* En: *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, Vol. II, p. 372.

[21] G.O. 38.773 del 20-9-07. Qué indica: "El ministerio del poder popular con competencia en materia de salud incluirá dentro de sus unidades asistenciales el servicio de reproducción asistida, dotado del personal especializado, laboratorios y equipos de alta tecnología, dirigidos a mujeres y hombres que presenten limitaciones en su fertilidad, con el objeto de garantizarles el derecho a la maternidad y a la paternidad".

[22] Véase: Sommer, Susana E.: Genética, *Clonación y Bioética ¿Cómo afecta la ciencia nuestras vidas?* Argentina, edit. Biblos, 1998, pp. 72 y 73, señala que la infertilidad afecta entre un 10 y 20 % de las parejas en algún momento de su vida. Las que no pueden tener hijos dedican tiempo a reflexionar acerca de las razones por las que los desean y esto los lleva a soportar tratamientos e investigaciones médicas en pos del logro de este deseo.

Una vez que acontece la "concepción", los progenitores ven finalmente concretada su paternidad o maternidad, con el hecho jurídico del "*nacimiento*" del hijo, y tendrá lugar el establecimiento del correspondiente vínculo filiatorio. La filiación concebida como un vínculo de sangre que genera efectos jurídicos viene dada en la línea inmediata ascendente por la paternidad y la maternidad, creando un parentesco de primer grado[23]. La maternidad se determina "generalmente"[24] y en una forma más precisa, mediante el hecho cierto del nacimiento de conformidad con el artículo 197 del CC[25], aun cuando las técnicas de reproducción asistida permiten que una mujer dé a luz un hijo que genéticamente no es suyo, lo que supondría reconsiderar el concepto de maternidad en función del citado artículo 56 de la Carta Fundamental[26]. Por su parte, la paternidad no se deriva del solo hecho del nacimiento, salvo que éste o la concepción acontezca dentro del matrimonio lo que da lugar a la aplicación de la "presunción de paternidad matrimonial"[27] sino que si es extramatrimonial precisa de reconocimiento[28], bien sea voluntario o forzoso.

Por todo lo indicado, constituye una materia vital para el Derecho de Familia el estudio de la filiación[29] bien sea materna y paterna, así como su establecimiento jurídico. La doctrina define la paternidad como "la filiación en cuanto ésta se refiere a la relación de parentesco entre el hijo y su padre"[30]. Podríamos igualmente concluir que la maternidad o

---

[23] Véase: Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 195, la relación de filiación toma los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera por parte del padre o de la madre, hecho que crea el parentesco de primer grado; Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.,* p. 451, la filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos. (Podría aclararse que en lugar de la procreación viene determinada propiamente por "el nacimiento").
[24] Esto es, en principio.
[25] Véase *infra* N° VI.3.1.
[26] Véase *infra* N° VI.3.3.3.2.
[27] Véase *infra* N° VI.2.1.
[28] Véase *infra* N° VI.2.2.
[29] Véase sobre el tema: López del Carril, Julio J.: *La filiación. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976;* Cicu, Antonio: *La filiación.* Madrid, *Revista de Derecho Privado, 1930;* Cominelli, Ugo: *La filiazione. Milano,* stab. Tipo-Litografico L. di G. Pirola, 1957; Méndez Costa, María Josefa: *La filiación.* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1986; Gilberto Guerrero Quintero: *Genética y Filiación en el Derecho Venezolano.* En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.* Vol. 64, N° 134, 1997, Caracas, p. 470, define la filiación como la relación de orden natural y jurídica que une a los hijos con sus progenitores.
[30] López Herrera, Francisco: *Derecho de Familia.* Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello" y Banco Exterior, 2ª edic., 2006, T. II, p. 340.

filiación materna, viene a ser el vínculo natural y jurídico que se establece entre una mujer y su hijo[31].

Al efecto, ha indicado el Máximo Tribunal que "se entiende por filiación, en sentido estricto, la relación inmediata de parentesco que existe entre el padre o la madre y el hijo. En cuanto a los padres, se denomina paternidad o maternidad y, en cuanto al hijo puede ser matrimonial o extramatrimonial. Con respecto a la filiación matrimonial, la misma implica que el padre y la madre ya eran cónyuges entre ellos para la época de la concepción del hijo, determinándose un nexo de parentesco consanguíneo que relaciona simultáneamente al hijo con su madre y con su padre, por efecto del matrimonio que une a estos últimos, es decir, que el hecho mismo de la concepción o del nacimiento del hijo dentro del matrimonio de sus padres demuestra necesariamente la existencia de manera conjunta de la maternidad y la paternidad. La primera (maternidad), por el hecho absoluto y notable del parto de la madre; y la segunda (paternidad), por la presunción *juris tantum*, basada en el hecho que los esposos han cumplido el deber de cohabitación y la mujer el deber de fidelidad a su marido. Ahora bien, con respecto a la filiación extramatrimonial, la misma se trata del vínculo de parentesco consanguíneo que existe entre el hijo y su madre o entre el hijo y su padre, cuando dichos progenitores no eran cónyuges entre sí para la época de la concepción, ni del nacimiento del hijo, es decir, no hay vinculación probatoria alguna entre la maternidad y la paternidad, por no existir vínculo matrimonial entre los padres, la relación del hijo se establece separadamente con cada uno de sus progenitores y no resulta de la concepción ni mucho menos del nacimiento del hijo, sino del acto de su reconocimiento por la madre o por el padre"[32].

"La filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de otra, o en otras palabras es la relación existente entre padres e hijos. Si se examina desde el punto de vista de

[31] Véase: Torres-Rivero, Arturo Luis: *Pruebas de Estado. (Derecho de Familia - Parte General).* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Talleres de Fundación Editorial Escolar, 1970, p. 30, "La maternidad no es más que la vinculación de una mujer con su hijo, lo que engendra la filiación materna, relación de un sujeto con su madre".

[32] Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. N° 288 del 13-3-08, Exp. Nº AA60-S-2007-001985, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0288-130308-071985.htm.

la relación entre madre e hijo, se le llama maternidad; si se contempla de padre a hijo se llama paternidad; si de hijo a padres, se designa filiación"[33]. Indica Mendoza que generalmente se utiliza el término filiación en una acepción restringida para referirse al vínculo de consanguinidad entre padres e hijos, pero la acepción es extensiva al parentesco, lo que no siempre es correcto, dado que están en una relación de género a especie según se evidencia del artículo 37 CC[34].

Señalan Bossert y Zannoni que cuando el nexo biológico derivado del parentesco se considera acreditado, la filiación está determinada. De allí que la determinación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta. Tal determinación puede ser *legal*, *voluntaria* o *judicial*, según se derive de la propia ley en base a ciertos supuestos (presunción de parternidad); del reconocimiento voluntario o del juez mediante sentencia[35]. Tal consideración sería perfectamente aplicable al ordenamiento venezolano, en virtud del cual podría distinguirse entre las *fuentes* de la filiación, en semejanza a las del estado civil[36], a saber, la ley[37], el acto o negocio jurídico[38] y la sentencia[39]. Podría agregarse "el hecho jurídico" específicamente porque el "nacimiento", es el hecho jurídico por excelencia, que unido a la identidad del hijo, determina en principio la maternidad. Y a su vez, el "nacimiento" acontecido dentro del matrimonio, marca la paternidad matrimonial o filiación paterna matrimonial.

[33] Soto Álvarez, *Ob. Cit.,* p. 115.
[34] Mendoza, *Ob. Cit.,* p. 55.
[35] Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.,* p. 453.
[36] Véase sobre las fuentes del estado civil (ley, hecho jurídico, acto jurídico, sentencia y acto complejo): Domínguez Guillén, *El estado civil...,* pp. 392-395.
[37] Ejemplo, la presunción de paternidad (artículo 201 CC) que precisa matrimonio y nacimiento o concepción dentro de aquél.
[38] Siendo el "reconocimiento" voluntario de la filiación el acto jurídico familiar por excelencia.
[39] Dentro de las que cabe citar no sólo las sentencias que declaren con lugar la acción de inquisición de la paternidad o maternidad, sino cualquier decisión judicial que modifique el estado familiar filiatorio inmediato, tales como de desconocimiento de la paternidad, de impugnación de la paternidad o la maternidad, etc.

2. LA FILIACIÓN PATERNA

2.1 *MATRIMONIAL*

El establecimiento de la filiación paterna matrimonial viene marcada en principio y fundamentalmente por la "presunción de paternidad"[40], en virtud de la cual de conformidad con el artículo 201 del CC[41] se presume, salvo prueba en contrario,[42] que el marido o esposo de la madre[43] se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación[44]. Esto último alude al lapso máximo de gestación (trescientos días de conformidad con el artículo 213 del CC) por lo que se deduce que es matrimonial no sólo el hijo nacido dentro del matrimonio, sino también "concebido" dentro de éste, no obstante la extinción del vínculo. Para ello debe tenerse en cuenta el período de la concepción[45].

[40] Véase: AMCSFM1, Sent. 21-2-00, J.R.G., T. 162, p. 73. El tratamiento jurídico del establecimiento de la paternidad de los niños habidos en una unión no matrimonial es distinto al de los habidos en unión matrimonial, por cuanto en el primer caso los niños no se encuentran amparados por la presunción *pater is est quem nuptiac demostrant,* que protege a los niños habidos durante la vigencia del vínculo matrimonial conforme a la cual los hijos de la mujer casada se presumen hijos del marido.

[41] Indica la norma: "El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.
Sin embargo, el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquél, o que en ese mismo período vivía separado de ella".

[42] Esto es, se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, o lo que es lo mismo, que puede ser jurídicamente desvirtuada.

[43] De tal suerte que se precisa el elemento de la "maternidad" y el "matrimonio". Véase al efecto: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 349, para que funcione esta presunción es necesario que esté demostrada la maternidad y el matrimonio"; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 201; Perera Planas, *Análisis...,* p. 177.

[44] Tal norma data del CC de 1873, en su artículo 187, inspirado en el CC italiano de 1865 (artículos 159, 160 y 162).

[45] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *El cálculo de la concepción*. En: *Revista de Derecho N° 24.* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 63-96. (Véase *infra* N° XIII).

La citada norma prevé ante el hecho incierto de la paternidad[46], la posibilidad –del cónyuge de la madre– de desvirtuar dicha presunción[47] *iuris tantum*[48], mediante la "acción de desconocimiento" de la paternidad[49], si durante el lapso de la concepción[50] de la mujer, no pudo acceder físicamente a ésta o vivía separado de ella[51]. La acción de desconocimiento se extiende también –pero denominada "*por simple denegación*"– al supuesto del hijo nacido después de los 180 días de la celebración del matrimonio, salvo conocimiento previo por parte del marido del embarazo[52], que haya aceptado el hijo como suyo de

[46] Véase: Domínici, *Ob. Cit.,* T. III, pp. 276 y 277. La paternidad es un hecho incierto, por lo cual la ley ha tenido que deducirla *a priori* de un hecho conocido, que es el matrimonio. La mujer que ha cohabitado con su marido, y que sólo ha cohabitado con él, es la única que está segura de la paternidad de su marido. La ley se ve obligada a dar por ciertos esos hechos para sentar aquella regla de derecho, verdad supuesta sin la cual no la podría establecer"; Ramírez, *Ob. Cit.,* p. 218, "el legislador, que ha impuesto ese deber, aunque no le es posible penetrar en el misterio de la generación, erige la presunción, acorde con la naturaleza de las cosas, de que el marido es el padre de los hijos concebidos durante el matrimonio. Como es sabido, los jurisconsultos romanos se dieron cuenta de la necesidad de dicha presunción y la comprendieron en la fórmula *Pater is est quem nuptiae demonstrant*"; Sanojo, *Ob. Cit.,* T. I, p. 201 Tiene por fundamento este principio, el de que se reputa que todos cumplen sus deberes hasta prueba en contrario, y que por consiguiente la mujer es fiel a su marido, en combinación con la conveniencia de evitar averiguaciones por demás oscuras y ocasionadas a graves errores y escándalos".

[47] Véase: Sanler Castillo, Mario: *Conflictos paterno filiales*. En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas,* 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, p. 117, la presunción es un razonamiento lógico realizado por la ley o por el juez, en razón del cual a partir de un hecho conocido pretende llegar a otro desconocido. Pero la presunción lleva consigo el riesgo del error humano, especialmente en casos de paternidad discutida.

[48] Véase sobre tal carácter: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 349; Perera Planas, *Análisis...,* p. 178; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 201 y 202; D' Jesús, *Ob. Cit.,*, p. 124; Viso, *Ob. Cit.,* p. 505.

[49] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 124. "Las razones que tenga el marido solamente las puede hacer valer en juicio mediante el ejercicio de la acción de desconocimiento"; Bocaranda, *Análisis...,* pp. 132 y 133.

[50] Véase: *infra* N° XIII.

[51] Véase: AMCSFM2, Sent. 04-05-00, J.R.G., T. 165, p. 43. Del artículo anteriormente transcrito, se desprende que en los juicios de desconocimiento o impugnación de paternidad el marido debe probar que ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción del hijo. O que ese período vivía separado de ella. Corresponde a esta Alzada analizar las pruebas promovidas y evacuadas por el actor para desvirtuar la presunción señalada en el mencionado artículo 201 *eiusdem.*

[52] Véase: Torres-Rivero, *Pruebas...,* 1970, pp. 67-70, indica que "Necio e incomprensible sería que, quien no es el padre del hijo concebido, se case con la madre encinta"; Ramírez, *Ob. Cit.,* p. 221, debe verse en esa conducta una renuncia tácita a hacer valer la acción de desconocimiento.

conformidad con el artículo 202 *eiusdem*[53] o que el hijo no haya nacido vivo. Este último supuesto señalado desde códigos anteriores[54] y que se discutió en la Reforma del CC de 1982[55] es innecesario, pues obviamente si no se nace vivo no se tiene la condición de persona[56]. Así mismo, la acción de desconocimiento por simple denegación abarca supuestos en que media entre los cónyuges juicio que supone separación[57], tal es el caso del hijo nacido después de 300 días de presentada la demanda de nulidad de matrimonio, divorcio o separación de cuerpos, o antes de 180 días a contar de la fecha que declaró sin lugar la demanda o terminado el juicio, sin perjuicio de *reconciliación*, de conformidad con el artículo 203 *eiusdem*. En función de lo indicado, la doctrina distingue dos tipos de acción de desconocimiento: *el normal y por simple denegación*. El *normal* –según el artículo 201 CC– tiene lugar por imposibilidad de acceso físico y por adulterio de la mujer[58]. En tanto que el desconocimiento *por simple denegación* se presenta en los casos de los artículos del Código Sustantivo 202 (naci-

---

[53] Véase: AMCSFM1, Sent. 22-2-95, J.R.G., T. 133, pp. 79-81. De acuerdo a los hechos planteados en la demanda, la menor... nació transcurridos ciento cuarenta (140) días de la celebración del matrimonio de los ciudadanos ...al haberse conducido desde el nacimiento de la menor como su padre indubitable, no le corresponde intentar la acción de desconocimiento de la paternidad sobre ... por encontrarse en el supuesto de exclusión para intentarla previsto expresamente en el ordinal 2° del artículo 202 del Código Civil.

[54] Véase: CC 1942 (art. 198, ord. 3); CC 1922 (art. 213, ord. 3); CC 1916 (art. 213, ord. 3). Los Códigos anteriores se referían a nacer viable, pues esa era la teoría a los fines del comienzo de la personalidad: CC 1904 (art. 195, ord. 3); CC 1896 (art. 189, ord. 3); CC 1880 (art. 192, ord. 3) y CC 1873 (CC 191, ord. 4).

[55] No se encontraba tal supuesto previsto en discusión ante Cámara de Diputados. Véase: Diario de Debates Cámara de Diputados, T. XI, Vol. I, marzo-julio 1981, p. 98. No obstante, luego la Subcomisión consideró pertinente incluirlo nuevamente. Véase: *Ley de Reforma Parcial del Código Civil. Resúmenes y Actas. Comisión Técnica.* Despacho de la Ministro del Estado para la Participación de la Mujer en el Desarrollo, pp. 337 y 338, "Artículo 202.- La Subcomisión, luego de haber revisado el texto, considera pertinente aclarar que el artículo en cuestión corresponde al artículo 198 del Código Civil, del cual se eliminó el tercer ordinal por considerar que el hijo que no nace vivo no tiene personalidad jurídica.
Sin embargo, durante la discusión no parecía tan clara la necesidad de suprimirlo, por cuanto, al ser limitativas las excepciones, el intérprete no puede generar analogías, lo cual planteará un vacío.
Por esta razón, la Subcomisión optó por incluir el 3° ordinal".

[56] De conformidad con el artículo 17 del CC que consagra la teoría de la "vitalidad" respecto al inicio de la personalidad humana.

[57] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 361; Perera Planas, *Análisis...,* pp. 184 y 185; Ramírez, *Ob. Cit.,* pp. 222 y 223; Domínici, *Ob. Cit.,* p. 286; Bocaranda, *Análisis...,* pp. 134 y 135.

[58] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 373-378.

miento ocurrido antes de los 180 días de celebrado el matrimonio) y 203 (en casos de nulidad, divorcio o separación)[59]. La prueba en este último caso vendría dada por la no coincidencia de las fechas según las respectivas actas de matrimonio y nacimiento[60], en tanto que la excepción tendría lugar con la prueba de los supuestos indicados en el artículo 202 del CC. López Herrera agrega a los indicados el "*desconocimiento excepcional*" que ejercería por vía de excepción el cónyuge de la mujer que sea demandada como pretendida madre[61].

En virtud del artículo 204 del CC, la impotencia[62], salvo que sea manifiesta y permanente no es suficiente para el ejercicio de la acción de desconocimiento, y aun en ese caso, éste no procede si se ha dado autorización a la mujer a los fines de inseminación artificial. Esto es, en el supuesto que con la anuencia del cónyuge se ha propiciado la fertilización mediante las técnicas científicas para generar la vida no ha lugar al desconocimiento. A falta de distinción de la ley, es indiferente a quien corresponda el semen[63], ya sea del marido[64] o de un tercero[65]; siempre que medie autorización (que bien pudiera ser tácita[66]) se descartaría el

---

[59] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 360; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 140; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 379-383.

[60] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* pp. 182 y 183.

[61] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 383 y 384.

[62] Ley no distingue si se trata de impotencia *coeundi o generandi*, es decir, para realizar el coito y respecto a la generación, respectivamente, por lo que podría ser cualquiera de ellas. Véase en este sentido: Bocaranda, *Análisis...,* p. 135; Viso, *Ob. Cit.,* pp. 507 y 507.a

[63] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 145; Esparza Bracho, Jesús: *La Fertilización in vitro y otras aplicaciones Biomédicas: Bases éticas de su regulación legal.* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 70*, Universidad del Zulia, Enero-julio *19*93, p. 37; La Roche, Alberto José: *Derecho Civil I.* Maracaibo, edit. Metas C.A., 2ª edic., 1984, Vol. II, p. 60; Ribeiro Sousa, Dilia María: *Situación Jurídica del Concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961).* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 118*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 277 y 278.

[64] Inseminación artificial homóloga.

[65] Inseminación artificial heteróloga. Véase: La Roche, *Ob. Cit.,* p. 60, "aun cuando la inseminación sea hecha de esperma de un tercero (no del marido), existiendo la autorización del marido, no operará nunca el desconocimiento".

[66] Sería contra la dinámica de la relación matrimonial pretender una autorización expresa y escrita en tal caso, por lo que debe concluirse que a falta de exigencia expresa del legislador resulta válido cualquier medio de prueba. Véase en sentido contrario: Abouhamad Hobaica, Chibly: *Reflexiones sobre la necesidad de un cambio en el pensamiento legal.* Caracas, Edit. Principios S.A., 1995, p. 66, "A menos que entre los cónyuges existiese un convenio escrito, debidamente respaldado desde el punto de vista de la necesidad científica".

desconocimiento[67]. La mujer casada que se practique una fecundación artificial tiene a su favor la presunción de paternidad, al margen de la procedencia del semen, por lo que la falta de autorización tendrá que ser alegada al ejercer la acción de desconocimiento[68].

Las técnicas científicas de reproducción humana propician una problemática filiatoria[69] que puede afectar la paternidad, y respecto de la cual valdría derivar a la luz de la disposición citada varios supuestos que la doctrina distingue, entre pareja casada o pareja no casada y su vez respecto de cada una valdría diferenciar si el semen es del marido (o compañero) o de un tercero, y si ha mediado o no consentimiento del marido[70]. Si no ha mediado consentimiento a los fines de la inseminación artificial y el semen es de un tercero, el esposo puede ejercer la acción de desconocimiento; pero si el semen es del marido, a nuestro criterio, el hijo ha de imputarse como matrimonial, porque biológicamente le corresponde no obstante su impotencia, y sería inútil pretender una autorización para la extracción del semen más no para una posible inseminación de su esposa. Es decir, el desconocimiento en tal caso no tendría sentido útil en razón de la correspondencia biológica o genética de la filiación[71], amén de que se permitió la extracción de semen es de

[67] Véase: Leret De Matheus, María Gabriela: *La biología molecular y el régimen jurídico del embrión humano*. En: *Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia*. Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Grafica León S.R.L., 1996, T. I, p. 436. “Casi todos los países europeos han reformado sus Códigos Civiles reconociendo la paternidad legal del varón que consintió la inseminación de su mujer con semen de donante. En el caso de Venezuela, tal y como lo expresa el art. 204 del Código Civil”; Bernard Mainar, Rafael: *La regulación de la reproducción asistida en el Derecho Comparado*. En: *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, p. 268, indica que “casi todos los países europeos incluyen enmiendas en el Código Civil reconociendo la paternidad legal del varón que consintió la inseminación de su mujer con semen de donante”; Perera Planas, *Análisis...,* pp. 186 y 187, “la autorización o consentimiento del esposo para su mujer sea embarazada mediante inseminación, es reconocimiento de la filiación que surgirá con respecto al hijo que ella tenga. ¿Cómo admitir luego una acción de negación de paternidad?”.
[68] En cuanto a otros problemas derivados de la fecundación artificial, véase *infra* N° VI.3.3.3.2.
[69] Véase *infra* N° VI.3.3.3.2.
[70] Véase: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos...,* pp. 95-103.
[71] Es decir, el sentido fundamental de la acción de desconocimiento de la paternidad es permitirle al esposo de la mujer no asumir una paternidad que biológica o genéticamente no le corresponde, por ende, si existe tal correspondencia no debería prosperar la misma porque de lo contrario nos encontraríamos ante un hijo sin padre, pues no podría imputarle a otro hombre que no es tal la paternidad.

suponer que fuera con miras a resolver su problema de infertilidad. Realmente, lo que en esencia pareciera ser el sentido de la norma es que la inseminación artificial heteróloga, esto es, con semen de un tercero, precisa de autorización del marido, so pena de permitir prosperar la acción de desconocimiento de la paternidad.

La inseminación artificial en parejas que mantengan una unión estable de hecho, sería perfectamente legítima en función del artículo 77 de la Carta Magna[72] y se regiría por las mismas reglas referidas para las unidas en matrimonio[73]. La posibilidad de atacar la filiación legal (paternidad matrimonial) en función de la realidad genética, esto es, de pretender la impugnación de la paternidad legal y reclamar la paternidad del donante del semen[74], aun cuando la puedan sostener algunos alegando la verdad biológica de la filiación[75], constituye un caso en que a nuestro criterio, esta última debe ceder en aras de la seguridad, paz y bienestar familiar (sentido que ciertamente es el soporte de la presunción de paternidad) en combinación con los avances científicos[76]. Ello no es óbice para ejercer el derecho natural inherente al ser humano de conocer su identidad genética como parte de su derecho a la identidad lo que incluye el derecho a investigar la filiación (art. 56 Constitución), pero sostener la impugnación de la filiación siempre en atención a la verdad biológica con todos los efectos que ello implica, conllevaría inclusive a suprimir instituciones como la “adopción”.

[72] Domínguez Guillén, María Candelaria: *Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999.* En: *Revista de Derecho N° 17,* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 244 y 245 (Véase *infra* N° XI).
[73] Bernard Mainar, *Efectos jurídicos...,* pp. 98 y 99.
[74] Véase: *Ibíd*., pp. 102 y 103.
[75] Véase: Fuenmayor, José Andrés: *La paternidad atípica matrimonial*. En: *Liber Amicorum Homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1994, pp. 9 y 10; soy de la opinión que el hijo nacido de una fecundación atípica dentro del matrimonio tiene acción para establecer su verdadera filiación paterna, por razones enterradas en su subconsciente, de orden económico o por el orgullo de sentirse hijo de determinada persona.
[76] Véase: Miranda Canales, Manuel: *La genética actual y el Derecho de Familia.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas,* 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, p. 424, “es necesario vedar toda acción de impugnación de la paternidad matrimonial cuando el marido dio su consentimiento expreso para la inseminación heteróloga”.

El adulterio por sí solo tampoco constituye elemento suficiente para excluir la paternidad matrimonial de conformidad con el artículo 205 *eiusdem*[77], pues la circunstancia de mediar relaciones sexuales con un tercero no excluye la posible paternidad del cónyuge de la mujer[78]. Por ello, la prueba del adulterio, amén de su dificultad, *per se* es insuficiente para hacer prosperar la acción de desconocimiento de la paternidad, debe acreditarse por ejemplo la no correspondencia genética con el presunto hijo.

Vale indicar que a los fines de preservar la seguridad jurídica y bienestar de las relaciones familiares, según el artículo 206 del CC la acción de desconocimiento está sometida a un lapso de *caducidad*[79] de seis (6) meses a partir del nacimiento del hijo o de conocido el fraude cuando sea ocultado el nacimiento[80]. Esto para evitar conflictos familiares a destiempo que repercutan sobre la paz familiar[81]. De no ser intentada dentro de esta fecha se entiende que el cónyuge ha renunciado a la misma[82]. Se ha considerado que la acción de desconocimiento está consagrada en beneficio e interés del presunto padre y no del hijo, por lo que mal puede alegarse el interés superior de éste para desaplicar el citado lapso de 6 meses a los fines de la caducidad[83]. Es de recordar

---

[77] Prevé: "El marido tampoco puede desconocer al hijo, alegando y probando el adulterio de la mujer, a no ser que éste haya ocurrido dentro del período de la concepción y el marido pruebe, además, otro u otros hechos o circunstancias tales que verosímilmente concurran a excluir su paternidad".

[78] Véase en este sentido: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 359 y 360; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 207 y 208; Domínici, *Ob. Cit.,* p. 288 y 289; Ramírez, *Ob. Cit.,* p. 224; Sanojo, *Ob. Cit.,* pp. 205 y 206.

[79] Y no de prescripción, dado en sentido de orden público en juego, corre fatalmente y no está sujeto a interrupción.

[80] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 355 y 357.

[81] Véase: AMCSFM1, Sent. 22-2-95, J.R.G., T. 133, pp. 79-81. El legislador venezolano con esas normas ha considerado el interés del hijo, sustrayéndolo de ser un posible instrumento de venganza ante eventuales conflictos que pudieran confrontar sus progenitores, dándole al padre el término breve de seis (6) meses para dejar establecida la verdad de la filiación en caso de tener dudas sobre ella, amparando al hijo de esta forma y no dejarlo siempre ante la posibilidad de que el padre en cualquier tiempo pretenda impugnar su paternidad.

[82] Ramírez, *Ob. Cit.,* p. 224.

[83] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 019 del 20-1-04, Oscar Pierre Tapia, Enero 2004, pp. 179-183. Véase también en: J.R.G., T. 208, pp. 696-701). Véase en sentido contrario decisión de instancia: AMCCSPNA, Sent. 29-10-02, J.R.G., T. 192, pp. 35-38. Aunque la solicitud de desconocimiento se hizo extemporáneamente al ser el derecho del niño de conocer a su "verdadero padre" materia constitucional y de estricto orden público, se desaplica el artículo 206 del Código Civil.

que la caducidad, a diferencia de la prescripción, corre fatalmente y por ser de orden público puede ser opuesta inclusive de oficio, lo cual resulta aplicable a la acción de desconocimiento de la paternidad[84].

Se trata de una acción personalísima[85] que sólo puede ser ejercida excepcionalmente en caso de muerte, por los herederos del esposo de la madre –dentro de dos meses– si el marido muere sin haber promovido la acción de desconocimiento pero antes de que haya transcurrido el término útil para intentarla, de conformidad con el artículo 207 *eiusdem.* En razón de que el interés de los herederos es pecuniario[86] la norma dispone que los dos meses se computan "desde el día en que el hijo haya entrado en posesión de los bienes del *de cujus* o del día en que los herederos hayan sido turbados por aquél en tal posesión". Lo anterior supone que los herederos con interés patrimonial están sujetos a una forma de cómputo de la caducidad distinta a la del pretendido padre según los supuestos indicados[87]. Por ende, es oponible en tal caso, la cuestión previa prevista en el artículo 346, ordinal 10 del Código de Procedimiento Civil relativa a la caducidad, acarreando la extinción del proceso de ser declarada con lugar[88].

La acción de desconocimiento de la paternidad es personalísima[89], por ende corresponde exclusivamente al presunto padre, salvo el caso excepcional de muerte de éste sin que haya transcurrido el término útil para intentarla, en que los herederos podrían impugnar la paternidad según el citado artículo 207 del CC. De allí que una vez que caduca para el presunto progenitor el lapso legal para intentarla, se pierde fatal-

[84] Véase: Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.,* pp. 463 y 464, "por tratarse de un plazo de caducidad, aun cuando la parte demandada no lo oponga como defensa, habrá de ser declarada en cualquier momento del juicio y aun de oficio, pues al haber transcurrido el tiempo se ha consolidado el estado de familia que se pretende atacar".
[85] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 356 y 357; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 142; Domínici, *Ob. Cit.,* p. 291.
[86] A diferencia del marido que además es moral.
[87] Véase al respecto: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 343; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 357; Viso, *Ob. Cit.,* p. 508; Domínici, *Ob. Cit.,* p. 294; Granadillo, *Ob. Cit.,* pp. 35-37; Ramírez, *Ob. Cit.,* p. 225; Perera Planas, *Análisis...,* p. 190.
[88] Véase en este sentido sentencia Tribunal del Juzgado Décimo Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente N° 2164, Sent. 10-6-04 (revisada en original).
[89] Véase sobre el carácter personalísimo y la caducidad: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 367-372.

mente la oportunidad de hacerla valer. Así pues, en principio en condiciones normales, mal podría el presunto progenitor pretender desconocer a destiempo la paternidad matrimonial que le impone la ley. El orden jurídico colocó por encima de la verdad biológica una presunción cónsona con la paz familiar.

La presunción de paternidad tiene carácter *imperativo,*[90] por lo que se impone al margen de los interesados y terceros, es decir, está sustraída del ámbito o principio de la autonomía de la voluntad, y precisa para quedar sin efecto de decisión judicial[91]. De allí que por razones de seguridad jurídica y paz familiar, dicha presunción funciona mientras no sea desvirtuada judicialmente[92], bien sea mediante el desconocimiento de la paternidad[93] o la impugnación. Esto, salvo el supuesto del artículo 225 del CC que permite el reconocimiento de un tercero sin previo ejercicio de la acción de desconocimiento en caso de divorcio por el 185-A *eiusdem*, si la concepción coincide con el lapso de separación. Vale indicar que la acción de desconocimiento debe ser intentada contra la madre y contra el hijo de conformidad con el artículo 208 del CC.

Se ha indicado, sin embargo, que la citada presunción cedería en casos excepcionales, entre los que la doctrina ubica los conflictos de paternidad que se plantean cuando el período legal de la concepción del hijo

---

[90] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 349; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 201 y 202; Perera Planas, *Análisis...,* p. 178; D' Jesús, *Ob. Cit.,* pp. 124 y 125; Viso, *Ob. Cit.,* p. 505.

[91] Véase: CSJ/Cas., Sent. 27-7-89, J.R.G., T. CIX, p. 405, es del sentir de este Alto Tribunal, conforme a lo estatuido en esos mismo artículos, y de lo que se viene exponiendo, que la presunción del hijo concebido dentro del matrimonio obra y produce plenos efectos mientras no haya sido desvirtuada, mediante juicio contradictorio por haberse intentado la correspondiente acción de desconocimiento y que ésta por sentencia definitivamente firme sea declarada con lugar. En el mismo sentido: DFMFMS1, Sent. 14-1-92, J.R.G., T. CXX, pp. 110-112; Jueza Unipersonal Nº XV de la Sala de Juicio del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 28-6-06, Asunto AP51-S-2006-009281, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/2090-28-AP51-S-2006-009281-PJ0242006000232.html; Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.,* p. 455, tiene carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de los individuos, sólo a través de sentencia judicial puede ser destruida la presunción.

[92] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 343; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 142; Ramírez, *Ob. Cit.,* p. 222; Torres-Rivero, *Pruebas...,* 1970, p. 65 y nota 113.

[93] Que sólo puede resultar de una decisión judicial, no vale el desconocimiento extrajudicial. Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 367; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 142.

abarca dos o más matrimonios de una misma mujer[94] o en caso de ausencia del padre[95]. Por nuestra parte, nos hemos pronunciado sobre la posibilidad excepcional de desvirtuar la citada presunción de paternidad, ante supuestos especiales, por un tercero distinto al presunto padre. Esto es, pensamos que en circunstancias normales en que un progenitor matrimonial ha desempeñado su rol de tal con posesión de estado, la presunción de paternidad operará con todo su peso y no podría o al menos no debería ser desvirtuada jurídicamente por alguien distinto al padre, porque tal posibilidad iría contra el sentido de seguridad y paz que el Legislador quiso concederle a la paternidad matrimo-

---

[94] López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 344 y 345. "Las diferentes hipótesis de conflicto de paternidades pueden ubicarse en alguno de los dos casos que señalamos a continuación: a) Cuando la mujer viuda o divorciada o cuyo anterior matrimonio fue declarado nulo o anulado (salvo que haya sido por impotencia del marido), no espera el término de meses previsto en el art. 57 CC, para contraer nuevas nupcias: si alguna parte del período legal de la concepción del hijo cae en época cuando existía el anterior vínculo y otra parte del mismo período corresponde a tiempo posterior a la celebración del segundo matrimonio, no puede saberse, por el solo juego de la presunción de paternidad, cuál de los dos maridos es realmente el padre del hijo de la mujer; b) Lo mismo ocurre cuando la madre es bígama: todos los hijos que conciba, mientras exista esa situación, tendrían como padre a todos los maridos de la mujer, en razón de la presunción *pater is est.*
De existir conflicto de paternidades, la presunción referida queda automáticamente neutralizada y ya nada puede probar. Por tal razón, el interesado tendría que recurrir a cualesquiera otros medios de prueba, a los efectos de demostrar en juicio su verdadera filiación paterna". En el mismo sentido: Perera Planas, *Análisis...,* pp. 178 y 179; Torres-Rivero, *Ob. Cit.,* 1970, pp. 71-75 y notas 131, 132, 133, 134 y 135.

[95] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 345: "Aunque por razones muy diferentes, tampoco funciona la presunción de paternidad si el hijo es concebido y nace cuando el marido de la madre es un declarado ausente.
Esta otra situación excepcional se explica así: la presunción *pater is est* presupone para su funcionamiento tanto la previa comprobación de la filiación materna como la del matrimonio de la madre; pero para que la prueba de ese matrimonio sea idónea, resulta necesario, en base a lo preceptuado por el artículo, que el vínculo exista para la época de la concepción del hijo. Pues bien, como el marido de la madre, por hipótesis, es un declarado ausente, resulta imposible comprobar que estaba vivo para dicha época de la concepción, o sea, que no puede demostrar que para entonces el matrimonio subsistía. Y no habiendo prueba del matrimonio no es posible prevalerse de la expresada presunción". Véase en el mismo sentido: Perera Planas, *Análisis...,* p. 179. Véase en sentido contrario, sosteniendo la procedencia de la presunción en caso de ausencia: Torres-Rivero, *Ob. Cit.,* p. 71, nota 130. "En hipótesis negativa, adherimos a la corriente, según la cual el hijo está amparado por las presunciones legales de paternidad, y, en consecuencia, en su favor, ha de reputarse como matrimonial o legítimo del marido ausente y, por lo tanto, no reconocible ... allá el ausente –si aparece– o sus herederos que los desconozcan"; Binstock, Hanna: *La presunción de muerte por accidente en la Legislación Venezolana.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, Cuadernos Colección Derecho Civil 2, 1974, pp. 44-48.

nial inclusive sobre la verdad biológica. Recordemos que la acción de desconocimiento de la paternidad es personalísima, por lo que sólo el presunto padre en principio y dentro del breve lapso que la ley impone puede dejar sin efecto la presunción de paternidad. El artículo 212 del CC dispone: "*La declaración de la madre no basta para excluir la paternidad*". Su declaración inclusive en la propia acta de nacimiento no tendría efecto alguno frente a la procedencia de la presunción[96]. Ciertamente, tampoco la declaración de un tercero podría excluirla[97].

En efecto, creemos que la declaración de la madre, inclusive la de ésta con un tercero que afirme ser el padre, es insuficiente para excluir la paternidad[98], porque lo contrario dejaría sin efecto una presunción de ley establecida precisamente para evitar conflictos familiares. Sería absurdo que alguien que siempre se ha comportado como padre pueda ser excluido de tal status por la voluntad de otros si la ley le permite a él aceptar una paternidad como suya, aun cuando no sea biológica[99].

[96] Véase: Torres-Rivero, *Pruebas...,* 1970, pp. 66 y 67, "...en consecuencia, resulta irrelevante... tanto lo que se diga acerca del padre como las menciones que se hagan en el acta de nacimiento ... si en ella consta el presunto padre, mejor, sobre todo para fines estadísticos y de control de registro civil, y, si acaso, para revelar, reforzar o ratificar la presunción legal, pues sabemos el valor del acta de nacimiento como prueba de estado ... pero si no se señala, o se invoca o se indica uno distinto, ninguna trascendencia tiene; lo que interesa es que conforme a la presunción, se infiera que el padre es el marido de la madre..."; Perera Planas, *Análisis...,* p. 178.
[97] Véase: Sanojo, *Ob. Cit.,* p. 202. "Estas presunciones, cuando están de acuerdo con los principios establecidos, tendrán lugar no obstante que la madre y un tercero, o éste o aquélla, reconozcan al hijo como natural, porque la presunción de la legitimidad se ha establecido en favor del hijo y por lo mismo no puede destruirla la madre ni mucho menos un tercero".
[98] Véase en sentido contrario: Bocaranda, *Análisis...,* pp. 140 y 141. "Para que la declaración de la madre contra la presunción de paternidad poseyese ese peso suficiente, tendría que ser apuntada por otros medios probatorios. Y ello bastaría sin necesidad de esperar que el esposo legítimo tuviese que demandar impugnando la filiación. En otras palabras: se desemboca en la conclusión de que para contraponerse a la presunción de paternidad no existe como único medio de impugnación judicial del esposo: podría hacerse uso del artículo 212 del CC, que implica:
1. Declaración de la madre contra la presunción de paternidad.
2. Demostración del hecho por otros medios, dentro de los cuales podría caber la declaración del padre biológico.
Cabría la aplicación, igualmente, del artículo 205 en cuanto se refiere a la demostración de otro y otros hechos o circunstancias tales que verosímilmente concurran a excluir la paternidad".
[99] Por la circunstancia de haber renunciado al ejercicio de la acción de desconocimiento.

Sin embargo, decimos "en principio" porque si bien ello es así en condiciones normales y especialmente donde media *posesión de estado*, ciertamente podrán presentarse supuestos excepcionales donde si bien el presunto padre no intentó la acción de desconocimiento, éste por diversas razones fácticas no ejerció su rol de progenitor, amén de no serlo desde el punto de vista biológico por lo que pretender la aplicación radical de tal presunción generaría una situación jurídicamente injusta para el presunto hijo. De allí que en casos particulares donde se ha perdido el sentido de la presunción de paternidad matrimonial, debe admitirse la posibilidad excepcional de desvirtuar la misma por alguien distinto al presunto padre, a los fines del establecimiento real de la paternidad. Creemos, sin embargo, que tal posibilidad excepcional necesariamente precisa de una decisión judicial, esto es, de un proceso jurisdiccional donde se pruebe la situación particular que dejaría sin efecto la presunción de paternidad.

A nuestro criterio, tales casos vienen dados por supuestos especiales de separación de los progenitores a pesar del matrimonio, tales como no presencia, ausencia en cualquiera de sus fases, separación de hecho, etc. Es decir, un supuesto fáctico o jurídico que a criterio del Juzgador haga factible la posibilidad de que un tercero distinto al progenitor impugne la paternidad, con especial análisis en la *posesión de estado*. Esta última será determinante para el Juzgador en los conflictos de filiación a tenor del artículo 233 del CC, pero además denotará la aceptación y ejercicio de la paternidad que constituye la esencia o justificación de la presunción bajo análisis. Por eso mal podría prosperar una acción de impugnación de la paternidad por parte de un tercero ante un supuesto donde no medie falta o separación del pretendido padre matrimonial y además donde éste detente indudable posesión de estado.

De allí que afirmamos al preguntarnos sobre la posibilidad de reconocimiento del hijo matrimonial[100]: "Por nuestra parte, pensamos que es prudente concluir que la impugnación de la paternidad por un sujeto distinto al padre (bien sea la madre, el hijo o un tercero) es posible en base a

[100] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *El reconocimiento voluntario de la filiación*. En: *Revista de Derecho N° 23,* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006 (*infra* N° VII).

principios generales en materia de filiación[101], pero ciertamente precisa de intervención judicial y debe quedar reducida a casos excepcionales. A nuestro criterio, ciertamente un supuesto justificado sería la inequívoca separación permanente de los cónyuges acreditada mediante juicio de divorcio o de ausencia. Creemos que tal interpretación es la forma lógica de combinar el principio de la verdad de la filiación con el sentido de la presunción de paternidad[102]. Creemos que la posibilidad de desvirtuar la presunción de paternidad judicialmente en función de la verdad de la filiación en caso de separación de los cónyuges encuentra apoyo en la propia voluntad del legislador en el artículo 225 del CC[103]. Dicha norma prevé excepcionalmente la posibilidad de reconocimiento en caso de separación de hecho conforme al artículo 185A *eiusdem*, sin ejercicio previo de la acción de desconocimiento. Entonces ¿Por qué no permitir el reconocimiento, previo ejercicio de una acción filiatoria en casos excepcionales, en aras de la verdad de la filiación y la seguridad de las relaciones familiares? No sólo la doctrina se ha pronunciado en este sentido[104], sino que existe una tímida referencia normativa al respecto[105].

---

[101] Como sería el caso de la verdad de la filiación. Véase sobre la verdad de la filiación y el sentido de la reforma del CC de 1982: Ramos Sojo, *Unidad...,* pp. 113-143. Refiere Ramos que la verdad de la filiación supone que toda filiación debe ser establecida jurídicamente y en principio coincidir con la biológica (*Ibíd*. p. 134) en tanto que la unidad e igualdad de la filiación está consagrada en el artículo 234 del CC (*Ibíd*., p. 133). Vale considerar también los artículos 56 y 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Algunos artículos del CC igualmente señalan la posibilidad de reclamar o impugnar la filiación en atención a la realidad o verdad biológica: véase artículos 210, 226, 230 y 233.

[102] Presunción de paternidad que tradicionalmente se consideraba únicamente factible de desvirtuar por el cónyuge de la madre. La citada presunción ciertamente sigue ocupando su sitial pero en aras de la verdad de la filiación debe ser matizada en los supuestos particulares que así lo reclamen. De allí que pensamos que en condiciones normales donde no medie separación probada judicialmente u otra circunstancia excepcional válida a juicio del Juzgador, mal podría pretenderse una impugnación de la presunción de paternidad con miras a un reconocimiento voluntario.

[103] Que prevé: "De lo que ha indicado la doctrina que en tal caso el tercero puede efectuar el reconocimiento sin previo ejercicio de la acción de desconocimiento".

[104] Véase Ramos Sojo, *Unidad...*, p. 139, cuando el autor hace referencia a que en el artículo 225 del CC el legislador no sometió el reconocimiento del tercero al ejercicio previo de la acción de desconocimiento de la paternidad, agrega: "Y aunque el legislador se ha referido solamente al reconocimiento, no existe impedimento para extender la facultad a) al establecimiento judicial y, más todavía; b) a todo caso de establecimiento de filiación cuando se ha disuelto el matrimonio, ya que lo importante, social y jurídicamente es la verdad de la filiación, sólo que la intención del legislador fue más extensa que lo que en realidad se plasmó en el nuevo articulado (*dixit minus quam voluit*)". Véase también: Bocaranda, *Análisis...,* pp. 140 y 141,

[105] Véase: Directrices que contienen el "Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela". Del 4 de septiembre de 2003 publicadas en *Gaceta Oficial* N° 37.771 del 9 de septiembre de 2003, artículo II.2.1.1.2.

De manera pues, que creemos que debe admitirse la posibilidad excepcional de desvirtuar judicialmente la presunción de paternidad por un tercero distinto al presunto padre[106]. Reiteramos que dicha posibilidad, dada la importancia de lo que está en juego debe tener lugar judicialmente, por lo que resulta completamente improcedente pretender desvirtuar la referida presunción de paternidad matrimonial mediante un simple reconocimiento de un tercero –salvo el supuesto del artículo 225 CC– sin que medie un juicio contradictorio y tenga lugar la correspondiente decisión judicial. El cese de la presunción de paternidad reclama necesariamente una decisión jurisdiccional y ello sólo puede decidirlo el Juzgador previo análisis de las particularidades del caso concreto. En este sentido se ha pronunciado una normativa dictada por el ente protector del niño y adolescente[107]. Resulta criticable en este sentido el Proyecto de Ley Orgánica de Registro Civil elaborado por el Consejo Nacional Electoral que pretende consagrar la posibilidad de reconocimiento del hijo matrimonial sin previo ejercicio de la respectiva acción

[106] Véase acción de impugnación de paternidad matrimonial intentada por la hija, aun cuando fue declarada sin lugar: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 26-2-07, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/390-26-12.043-.html

[107] Véase: Directrices que contienen el "Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela". Del 4 de septiembre de 2003 publicadas en *Gaceta Oficial* N° 37.771 del 9 de septiembre de 2003, artículo II.2.1.1.2: "Cuando es hijo(a) de la mujer casada extramatrimonial: El artículo 201 del CC, establece una presunción *iuris tantum* (admite prueba en contrario) de la paternidad del marido respecto de aquellos hijos nacidos durante el matrimonio, es decir, existe la presunción legal que el hijo de la mujer casada es hijo de su cónyuge. Por cuanto esta presunción puede vulnerar el derecho de los niños, niñas y adolescentes de conocer la identidad de su padre cuando éste no es el cónyuge de su madre, los progenitores deben solicitar y recibir la orientación adecuada por parte de los integrantes del Sistema de Protección facultados para ello, a efectos de ejercer las acciones pertinentes ante los órganos jurisdiccionales, ya que son éstos quienes para conocer los asuntos relacionados con la filiación, y en especial ante los Tribunales de Protección". Anteriormente existían los "Lineamientos que contienen el instructivo del proceso de identificación civil de niños, niñas y adolescentes nacidos en Venezuela", *Gaceta Oficial* N° 37.447 del 21 de mayo de 2002 con una norma equivalente en el número II.1.2.1.1.2.- titulado "cuando el niño, niña o adolescente es hijo de uno de los cónyuges con pareja extramatrimonial".

judicial[108]. Tal posibilidad fue planteada por vía de un recurso de interpretación por parte del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CNDNA)[109], respecto del cual no precisamos sentencia definitiva en nuestra búsqueda electrónica hasta la fecha[110]. Concluimos así que aun cuando seamos partidarios de no aplicar la presunción de paternidad con una rigurosidad[111] que contraríe la esencia de la filiación, su improcedencia por cuestiones de sana lógica y de seguridad jurídica debe tener lugar judicialmente.

2.2 *EXTRAMATRIMONIAL*

La filiación extramatrimonial, esto es, aquella en que no media matrimonio entre los progenitores debe para surtir efectos ser legalmente establecida. Dicho establecimiento puede tener lugar en forma espontánea o voluntaria o, en su defecto, forzosa o judicial. Se distingue así entre reconocimiento voluntario y reconocimiento forzoso de la filia-

---

[108] Véase artículo 92 del Proyecto de Ley Orgánica del Registro Civil: "...Toda acta de nacimiento expresará los datos de identidad de los padres biológicos. Si la madre estuviere casada y el padre biológico fuere distinto al cónyuge, el registrador civil omitirá el apellido de casada de la madre. En estos casos el padre biológico deberá estar presente en el acto de registro del nacimiento. Si no estuviere presente, podrá acreditarse la paternidad mediante documento auténtico o decisión judicial que así lo declare" (www.cne.gob.ve/documentos/pdf/PROYECTO_DE_LEY_ORGANICA_DEL_REGISTRO_CIVIL_OCTUBRE_2007.pdf (consultado en febrero 2008). A lo anterior cabe observar: la omisión del apellido de casada es irrelevante porque es potestativo de la mujer utilizarlo; en cuanto a la posibilidad de desvirtuar la presunción de paternidad matrimonial por la simple declaración de un tercero, ello no sólo es improcedente jurídicamente sino que podría resultar inclusive bochornoso desde el punto de vista práctico, por lo que ratificamos que la posibilidad de desvirtuar por un tercero distinto al presunto padre, bien puede ser admitida pero previo control judicial.

[109] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Const., Sent 4990 del 15-12-05, Exp. N° 05-0062, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/4990-151205-05-0062%20.htm (Se declaró admisible el recurso). Se pregunta: y si "¿pudiera el padre biológico por declaración voluntaria junto a la madre (casada) de su hijo, establecer con respecto a él la filiación?". Indica "que anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el criterio unitario era mantener la presunción de paternidad, establecida en el artículo 201 del Código Civil, no obstante ello, actualmente algunos jueces de protección del niño y del adolescente, a través del control difuso de la constitucionalidad "(...) logran materializar el artículo 56 de la Constitución, pero también existe resistencia a la aplicación directa del mencionado artículo, en atención a la presunción establecida en el 201 del Código Civil Venezolano".

[110] 27 de mayo de 2008.

[111] Los criterios radicales nunca resultan satisfactorios para todos los supuestos posibles, inclusive en el ámbito jurídico.

ción, según medie declaración espontánea del progenitor o decisión judicial, respectivamente.

2.2.1 *Reconocimiento voluntario*

La filiación extramatrimonial (paterna o materna) puede ser establecida por declaración voluntaria o espontánea del progenitor mediante instrumento auténtico, lo que se traduce en el acto o negocio jurídico del "reconocimiento". A este último nos hemos referido detalladamente en otra oportunidad[112], indicando que constituye una figura exclusiva de la filiación extramatrimonial que se rige por las reglas de los artículos 217 al 225 del CC.

El acto formal del reconocimiento no puede tener lugar mediante simple instrumento privado, sino que precisa de un documento auténtico[113], aun cuando la mención inequívoca del mismo sea hecha incidentalmente[114] según dispone nuestro Código Sustantivo[115]. El acto o negocio jurídico del reconocimiento es: declarativo de la filiación, irrevocable aunque impugnable (artículo 221 CC), solemne o auténtico, unilateral (si el reconocido es un menor de edad, si es mayor de edad se precisa autorización de las personas indicadas en el artículo 220 CC), puro y simple, espontáneo, personalísimo, *erga omnes* e inherente a la filiación extramatrimonial[116]. Debe tenerse en cuenta en materia de reconocimiento ciertas normas especiales, a saber, que la *posesión de estado* permite disfrutar de los efectos sucesorales del reconocimiento de un hijo fallecido (artículo 219 CC) y suple el consentimiento de los familiares si ese hijo era mayor de edad (artículo 220 CC), la posibilidad de reconocimiento al *concebido* debe tener lugar conjuntamente por ambos progenitores (artículo 223 CC), la posibilidad de reconocimiento de los *ascendientes* en caso de muerte del progenitor (artículo 224 CC) y del reconocimiento de un tercero sin previo ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad si el divorcio tuvo lugar por el artículo 185-A CC (artículo 225)[117].

---

[112] Véase sobre el mismo: Domínguez Guillén, *El reconocimiento...,* pp. 27-68. (*Infra* N° VII).
[113] Véase artículo 217 del CC.
[114] Véase artículo 218 del CC.
[115] Véase con relación a los instrumentos donde puede constar: *Ibíd*., pp. 48-53.
[116] Véase sobre tales caracteres, *Ibíd*., pp. 31-48.
[117] Véase sobre tales aspectos: *Ibíd*., pp. 56-60.

La Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad[118] que data del 2007[119] prevé en su Capítulo IV titulado "*Del Reconocimiento de la paternidad*" (artículos 21 al 31) un procedimiento *administrativo* a los fines de instar el reconocimiento extrajudicial de la filiación[120]. A tal procedimiento tuvimos oportunidad de referirnos y comentar algunas de sus incidencias[121], especialmente que mediante la indicación del nombre del presunto padre que diera la madre declarante, se notificará a aquél a los fines de reconocer o no su paternidad[122]; que en caso de comparecer y ser aceptada la paternidad se tendrá como un reconocimiento voluntario[123], así como si ello resulta de la correspondiente experticia de ADN[124]. Criticamos sin embargo, que dicha ley especial disponga en tales casos el levantamiento de una nueva partida de nacimiento dejando sin efecto la anterior, porque no resulta jurídicamente conveniente darle carácter provisional –que puede extenderse en el tiempo– al instrumento fundamental de identidad[125]. Consideramos igualmente inconveniente la pretensión de la LPFMP de obligar a la madre presentante a indicar la identificación del presunto padre en todo caso, toda vez que de no hacerlo igualmente se deberá proceder al levantamiento del acta correspondiente, so pena de violentar el derecho de todo niño a ser inscrito en el Registro del Estado Civil consagrado en el artículo 56 de la Carta Magna. Concluimos que tal mención (del padre) ciertamente no tiene valor probatorio hasta tanto no sea legalmente

---

[118] En lo sucesivo LPFMP.

[119] G.O. N° 38.773 del 20-9-07.

[120] Véase: Petit Da Costa: *La paternidad nacida de una relación esporádica*. En: *Noticiero digital,* 14 de abril de 2008, http://www.noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?p=4915393&sid=9ae64690c5600e708cdc00352f8a6c12-70k, indica: "No nos extrañe en adelante que veamos los periódicos cargados de avisos de notificación a presuntos padres, por lo cual todos los hombres que hayan tenido relaciones extramatrimoniales con damas fértiles deberán revisar cuidadosamente los periódicos... Estamos de acuerdo en que todo niño tiene derecho a un padre. Y que todo hombre debe asumir responsablemente su paternidad. Sólo tenemos dudas sobre el procedimiento escogido".

[121] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. En: *Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. Colección Estudios Jurídicos N° 19, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 238-247 (*infra* N° VIII).

[122] Véase artículo 22 LPFMP.

[123] Véase artículo 27 LPFMP.

[124] Véase artículo 29 LPFMP. Cuya gratuidad está garantizada de conformidad con el artículo 28 *eiusdem*.

[125] *Ibíd*., 237 y 238, pp. 241-243.

establecida la filiación, sino que simplemente da lugar al referido procedimiento administrativo a los fines de promover o instar el establecimiento de la paternidad[126].

Lo anterior es obvio y lógico, en razón del carácter netamente personalísimo que reviste un acto formal y trascendente en sus efectos jurídicos, como el reconocimiento[127]. Este último no admite la figura de la representación legal, por lo que está vedado al entredicho judicial, a diferencia del entredicho legal y del inhabilitado que conservan el discernimiento. El menor con 16 años tiene capacidad plena para realizar el reconocimiento por sí solo y con menos de tal edad precisa "autorización" a tenor del artículo 222 del CC[128]. De allí que aunque la autorización implica la concesión de "capacidad limitada" porque el menor mantiene la iniciativa del acto personalísimo. Por ello, constituye una impropiedad que el artículo 22 de la LPFMP indique que cuando el señalado padre tenga menos de 16 años deberá "intervenir en el presente proceso a través de su representante legal", a lo que aclaramos que a todo evento deberá intervenir "asistido" porque la representación supone sustitución y lo que se pretende en el proceso indicado es instar al reconocimiento filiatorio, lo cual no puede en modo alguno tener lugar "a través" del representante legal sino con la asistencia de éste, a los fines de que el menor tenga la iniciativa del acto en cuestión[129].

Finalmente, cabe recordar que el acto jurídico del reconocimiento puede ser atacado jurisdiccionalmente por vía de *impugnación* del reconocimiento o por vía de *nulidad* del mismo, según se alegue, que no existe correspondencia con la verdad biológica o tenga lugar el incumplimiento de algún requisito sustancial, respectivamente[130]. Consideración que resulta igualmente aplicable a las citadas normas de la LPFMP, aun

---

[126] *Ibíd*., pp. 229-238.
[127] Sólo puede ser realizado por el padre reconociente, y agrega el artículo 223 del CC que "sólo produce efectos para quien lo hizo y los parientes consanguíneos de éste". Se exceptúa el caso de muerte del progenitor en que el reconocimiento puede ser hecho por los ascendientes de conformidad con el artículo 224 *eiusdem*. Véase: Domínguez Guillén, *El reconocimiento...,* pp. 41-43.
[128] Véase respecto de la capacidad de obrar en materia de reconocimiento: *Ibíd*., pp. 64-67.
[129] Véase: Domínguez Guillén, *Breve...,* pp. 239 y 240
[130] Véase: Domínguez Guillén, *El reconocimiento...,* pp. 60-64.

cuando ésta acota en su artículo 30 que en caso disconformidad entre los resultados de la prueba de ADN, la madre o el señalado como padre podrán acudir al órgano jurisdiccional correspondiente[131].

2.2.2 *Reconocimiento forzoso*

En defecto de reconocimiento voluntario de la filiación, ésta puede ser establecida forzosamente, es decir, mediante la correspondiente acción judicial de inquisición de la paternidad. Ello de conformidad con el artículo 210 CC que estudiamos en otra oportunidad y cuyo estudio detallado remitimos[132] y que dispone:

> A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra.
>
> Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda.

Se aprecia de la citada norma que el Legislador de 1982 consagró la más amplia libertad probatoria, a los fines del establecimiento forzoso de la filiación[133], y así, la paternidad puede ser acreditada judicialmen-

---

[131] Véase sobre este aspecto: Domínguez Guillén, *Breve...,* pp. 243-247.
[132] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Notas sobre el artículo 210 del Código Civil (reconocimiento forzoso de la filiación).* En: *Revista de Derecho N° 25,* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp 147-194 (*infra* N° IX).
[133] TSJ/SCC, Sent. N° 172 del 11-3-04. "Este principio de libertad probatoria para demostrar la filiación, es reiterado en el artículo 210 del Código Civil, de conformidad con el cual la paternidad no reconocida voluntariamente del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio, puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas".

te mediante la posesión de estado o por cualquier medio de prueba[134] incluyendo las experticias científicas[135]. A nuestro criterio de probarse la "posesión de estado"[136], queda automáticamente establecida la paternidad o la filiación en general, sin que la misma pueda ser desvirtuada por experticias científicas, por parte de quien se ha comportado ineludiblemente como progenitor. Se trata de un caso donde la verdad biológica cede por imperativo de ley y el sentido fáctico de la posesión de estado[137]. La convivencia de los progenitores durante el lapso de la concepción igualmente es considerada por la norma en comentario como una suerte *(mutatis mutandi)* de presunción de paternidad extramatrimonial[138].

Sin embargo, el establecimiento automático de la paternidad inclusive contra la verdad biológica tiene lugar –a nuestro criterio– sólo en el caso de "posesión de estado" por constituir una situación fáctica proyectada en el tiempo con el beneplácito reiterado del presunto progenitor. En cambio, respecto de la convivencia del presunto padre con la madre durante la época de la concepción del hijo, si bien prosperaría una suerte de presunción análoga a la de "paternidad matrimonial" que propiciaría igualmente el establecimiento automático de la filiación, la misma bien podría ser desvirtuada mediante la verdad biológica. Esto último se deriva: del sentido de la presunción que es análoga a la de paternidad matrimonial y la cual admite ser desvirtuada, de la propia redacción de la norma que permite la excepcionarse en caso de mediar

[134] Véase: *Ibíd*., pp. 160-166.
[135] Véase: *Ibíd*., pp. 167-182. La LPFMP consagra la gratuidad de la prueba de ADN en sus artículos 28 y 31.
[136] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *En torno a la posesión de estado.* En: *Revista de Derecho N° 22*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006, pp. 55-84.
[137] Véase: Domínguez Guillén, *Notas...,* pp. 182-186. Véase también, Durán Acuña, Luis David: *Ensayo sobre el contenido de los supuestos de hecho de las reglas de establecimiento de la filiación en el Derecho Colombiano.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas,* 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 62 y 63, indica que el Derecho considera que quien ha asumido la carga de comportarse como padre o madre es porque realmente lo es y al igual que el reconocimiento tiene poca trascendencia jurídica que quienes detentan el estado civil de padre, madre o hijo, en realidad lo sean. Cumplidas las condiciones de dicha posesión, se podrá solicitar al Juez la declaración judicial de filiación
[138] Véase: Domínguez Guillén, *Notas...,* pp. 187-192; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 126, alude a la prueba de la paternidad extramatrimonial mediante la *presuntio facti* del artículo 211 CC.

relaciones sexuales con otros hombres pero que ello no es óbice para probar la paternidad[139] y finalmente porque la situación no se asila en modo alguna a la citada posesión de estado.

Ahora bien, sin lugar a dudas la norma indicada permite el establecimiento forzoso de la filiación a través de la más amplia libertad probatoria; de tal suerte, que el hijo podrá acreditar su filiación mediante la figura de la posesión de estado si es que ha disfrutado de tal situación fáctica o de hecho; o en defecto de ésta pueda probar la filiación mediante cualquier medio de prueba incluyendo experticias heredobiológicas o hematológicas consentidas por el demandado. Estas últimas llegan a tener una certeza cercana al 99% razón por la cual constituyen una prueba vital en aquellas acciones donde el presunto hijo no cuenta con otros elementos probatorios a su favor, porque salvo la realidad biológica de la filiación, el progenitor nunca asumió su función de tal. En consonancia con el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, la norma acota que la negativa a practicarse tales pruebas se tomará como una presunción en contra del progenitor demandado, lo que ciertamente constituye un sano mecanismo legal, a fin de frustrar la acción de inquisición, con la falta de colaboración del pretendido progenitor en el establecimiento de la filiación. Es de acotar que deben considerarse las debidas garantías procesales a los fines de la realización de las experticias científicas porque en múltiples casos serán en esencia la única prueba con la que cuenta el pretendido hijo para acreditar su estado filiatorio. Recientemente, la gratuidad de tales pruebas a nivel jurisdiccional fue consagrada expresamente en el artículo 31 de la LPFMP[140].

Así pues, el hijo que no ha visto materializado o formalizado el establecimiento de su filiación paterna en forma voluntaria, a través del acto del reconocimiento, puede instar al progenitor a realizarlo forzosamente por vía de la respectiva acción judicial. El reconocimiento voluntario –que reúna los requisitos de ley– efectuado en el curso del juicio de inquisición de la paternidad pone fin al proceso de conformidad con el artículo 232 CC. Dicha acción de inquisición es imprescrip-

[139] Pues en sentido similar en materia de paternidad matrimonial, el adulterio no excluye *per se* la paternidad de conformidad con el artículo 205 del CC. Véase *supra* N° VI.2.1.
[140] Recordemos que el artículo 28 de la LPFMP también consagra la posibilidad de practicarse gratuitamente la prueba de ADN en sede administrativa. Véase *supra* N° VI.2.2.1.

tible frente al presunto padre y en caso de muerte de éste, frente a los herederos se cuenta con 5 años para su ejercicio de conformidad con el artículo 228 del CC.

3. LA FILIACIÓN MATERNA

3.1 *EL NACIMIENTO*

En el sentido tradicional de nuestro Código Civil la maternidad viene determinada por el hecho del nacimiento, y así lo dispone expresamente el artículo 197 del texto sustantivo: "*La filiación materna resulta del nacimiento*, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre"[141]. Norma que tiene su antecedente en nuestro segundo Código Civil que data de 1867[142]. En este sentido se pronunciaba igualmente el *Anteproyecto de Ley sobre la Igualdad Jurídica de las personas en cuanto al matrimonio y a la familia* de octubre de 1975, que refería "...El hecho del nacimiento determina de por sí la filiación materna respecto de la mujer que haya tenido al hijo, y se prueba con la copia certificada del acta de la declaración de nacimiento inscrita en el correspondiente Libro del Registro Civil...". Vale citar igualmente el artículo 31 del *Proyecto de Ley que regula la filiación consanguínea* de julio de 1979 que indicaba "El nexo biológico materno resulta del hecho del parto y de la identidad del accionante con el hijo nacido de él".

La Reforma del CC de 1982 incluye expresamente la referencia al "nacimiento" como hecho determinante de la maternidad[143], y adicionalmente a los fines de adecuarse a la nueva terminología prescinde de la

[141] Destacado nuestro.
[142] Cuyo artículo 123 disponía: "La filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de nacimiento y, en su defecto, por la posesión constante del estado de hijo legítimo". Norma que su vez se inspiró en: el artículo 170 del Código Civil italiano de 1865, Art. 170; en el artículo 109 del Proyecto de Código Civil para España de 1852, de Florencio García Goyena; artículo 319 del Código Civil francés de 1804.
[143] Véase: *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil.* Caracas, Imprenta del Congreso de la República, 1981, p. 36, Artículo 197.- La filiación materna resulta del hecho del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre".

palabra "legítimo" que distinguía al hijo matrimonial en el Código anterior de 1942[144]. De hecho, el vigente artículo 197 del CC no distingue entre filiación matrimonial o extramatrimonial sino a la determinación de la maternidad por el nacimiento, siendo la prueba por excelencia la partida correspondiente.

Así pues, la maternidad, a tenor de la norma en comentario, viene determinada básicamente por el hecho del "nacimiento". De allí que la doctrina apunte a que la maternidad se determina por el hecho del "nacimiento" en función del adagio según el cual "madre siempre cierta es" porque madre será la que dé a luz[145]. Al efecto, comenta Viso que "la maternidad es siempre cierta y no necesita presunciones, basta con que la madre dé a luz para que ello sea prueba cierta de su maternidad. Así que es un hecho lo que da certeza a esta determinación"[146]. Por ello en opinión de Perera la prueba de la maternidad es mucho más sencilla o menos elaborada que la de la paternidad[147].

De lo anterior cabe obviamente deducir que la maternidad supone necesariamente del "nacimiento", esto es, se precisa del desprendimiento del nuevo ser del cuerpo de la madre, por lo que antes de este instante existirá gestación pero no maternidad. Ello lo aclara D'Jesús al indicar: "...la mujer es madre, cuando haya dado a luz a una criatura. Mientras no haya parto, la mujer encinta no tiene rango de madre..."[148]. La maternidad se concreta o se hace efectiva con el nacimiento con vida del

[144] Véase artículos 206 y 214 del CC de 1942 referidos a la filiación legítima y natural, respectivamente. El artículo 206 indicaba: "La filiación legítima se prueba con el acta de nacimiento inscrita en los registros del estado civil y, en su defecto, por la posesión continua del estado de hijo legítimo...".
[145] Véase en este sentido: Bocaranda, *Análisis...,* p. 121. "La determinación de la filiación materna –es decir, el señalamiento legal de quién es la madre de determinada persona– resulta del nacimiento. Se parte así del viejo principio de que 'la madre siempre es cierta', debido al hecho de que el parto constituye un hecho cierto. Ahora bien, la prueba del nacimiento respecto a una madre determinada, consta de un sistema de alternativas fácticas, mas con efecto jurídico...".
[146] Viso, *Ob. Cit.,* pp. 501 y 502.
[147] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 167. "Nótese que los medios de prueba en materia de maternidad son mucho más sencillos y menos elaborados que en el caso del hombre. La paternidad es siempre dudosa, de mayor dificultad en cuanto a la prueba. El embarazo de la mujer no es ocultable, salta a la vista".
[148] D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 105.

hijo, aun cuando dicho proceso como es natural comience con la "concepción" y se desarrolle durante meses con el embarazo o gestación[149].

Podríamos agregar –aunque parezca obvio– desde un punto de vista técnico-jurídico que adicionalmente al "nacimiento" se requiere la "vida", es decir, el hijo precisa nacer con vida para tener personalidad de conformidad con el artículo 17 del CC que consagra la teoría de la vitalidad respecto al inicio de la personalidad del ser humano. El ser que nace muerto no se constituye en persona y por ende respecto de él no tienen lugar relaciones o situaciones jurídicas como la filiatoria[150].

Ahora bien, el hecho jurídico del nacimiento con vida por si sólo tampoco es suficiente a los fines de la estricta prueba de la maternidad, pues se precisa adicionalmente la *identidad* del hijo, es decir, que el ser nacido se corresponda con el dado a luz por la mujer. De allí que la doctrina aluda a la "*dualidad de la prueba de la maternidad*" para incluir el nacimiento y la identidad del hijo[151].

La prueba por excelencia del nacimiento y por ende de la filiación correspondiente o del estado de hijo, viene dada por la partida de nacimiento o, en su defecto, por la sentencia supletoria, pues aunque se haya establecido en otro instrumento con posterioridad a su levantamiento (sentencia o reconocimiento) debe constar en ésta por vía de nota marginal[152].

---

[149] Véase: Torres-Rivero, *Pruebas...,* p. 30. "En sustancia, la maternidad es una sola, derivada de un hecho biológico –por demás conocido–, que comienza con la concepción, se desarrolla con la gestación y termina con el parto o nacimiento".
[150] Véase sobre la vitalidad y su importancia: Domínguez Guillén, *Inicio y extinción...*, pp. 57-74.
[151] Véase: Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 175, aluden a dos elementos, al parto y a la identidad del hijo; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. "De hecho, la demostración de la maternidad ... implica a su vez una doble prueba: la del parto de la mujer y la de la identidad de la persona nacida de ese parto y aquélla que pretende beneficiarse con la comprobación.
El parto de la mujer es incuestionablemente el aspecto fundamental de la prueba de la maternidad, toda vez que del mismo se deduce forzosamente el vínculo de parentesco entre ella y el hijo al cual ha dado a luz...
Ahora bien, de la circunstancia de que se haya demostrado que cierta mujer dio a luz un hijo en una fecha concreta, no puede deducirse que el nacido sea precisamente determinada persona. Por eso la prueba completa de la maternidad requiere además la comprobación de la identidad".
[152] Véase *infra* N° VI.4.

3.2 *ESTABLECIMIENTO*

En atención no tanto al instrumento sino a las formas en que puede ser obtenida la declaración de la filiación materna, la doctrina alude a una suerte de pruebas *primarias* y *secundarias*, o de primer grado y de segundo grado, respectivamente, para indicar que la primera es la prueba por excelencia y las segundas, valen subsidiariamente a falta de aquélla[153]. En la primera se ubica a tenor del artículo 198 CC la partida de nacimiento como la prueba por excelencia y entre las segundas se ubica el reconocimiento voluntario (se entiende que no conste inicialmente en la partida) o la posesión de estado, pero ya sabemos que la misma precisa de control judicial por lo que se hará valer necesariamente en un juicio de inserción de partidas (filiación matrimonial)[154] o de inquisición de la maternidad (a falta de reconocimiento voluntario de la madre)[155].

Así pues, de conformidad con el citado artículo 197 del CC la prueba por excelencia de la maternidad es la correspondiente partida de nacimiento. Ello queda confirmado cuando el artículo 198 del CC indica que "en defecto de la partida de nacimiento, son también pruebas de la filiación materna..." y se alude al reconocimiento voluntario y a la posesión de estado, pero esta última debe ser acreditada –como señalamos– judicialmente. De allí que la partida de nacimiento constituya la prueba preconstituida primaria del correspondiente estado filiatorio[156].

---

[153] Véase en este sentido: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 125; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 200; Bocaranda, *Análisis...,* pp. 121 y 122; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 125; Perera Planas, *Análisis...,* pp. 168 y 169; Viso, *Ob. Cit.,* p. 502; Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 343 y 344.

[154] Véase artículo 458 CC.

[155] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *En torno a la posesión de estado.* En: *Revista de Derecho N° 22,* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006, pp. 80-84 (*infra* N° X); Ramos Sojo, César José: *Situaciones de Hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho de Familia Venezolano.* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 85.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1992, p. 372, "tal como la presentamos, la posesión de estado no tiene valor en sí misma, sino a través del control judicial inducido por la Ley".

[156] Véase al respecto: Ramos Sojo, *Situaciones de hecho...*, p. 377; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 342; Torres-Rivero, *Ob. Cit.,* 1970, pp. 35-37; Domínici, *Ob. Cit.,* p. 299; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 200; García de Astorga, Amarilis: *Principales innovaciones que introduce la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982*. En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 145,* Caracas, julio-septiembre 1982, Nueva Etapa, p. 65; Sanojo, *Ob. Cit.,* p. 211.

3.2.1 *En la partida de nacimiento*

Según vimos, la maternidad se deriva en principio del hecho del "nacimiento" y se prueba con la respectiva partida de nacimiento de conformidad con el artículo 197 del CC[157]. Tal norma no distingue entre filiación matrimonial o extramatrimonial, porque desde el punto de vista práctico tal distinción es indiferente al establecimiento de la maternidad, toda vez que la declaración de la madre –al margen de su estado de casada– determina su correspondiente estado. Recordemos que si la mujer es casada operará respecto de su cónyuge la presunción de paternidad[158].

De tal suerte que aun cuando el "reconocimiento" es exclusivo de la filiación extramatrimonial[159], y el mismo tendrá lugar respecto de la madre que no esté unida en matrimonio, la declaración que realice la mujer ante el respectivo funcionario de registro tendrá igualmente un efecto declarativo sobre el establecimiento de la filiación materna, cualquiera que ésta sea.

Lo normal entonces es que al margen de la distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial, la mujer realice la correspondiente declaración del nacimiento de su hijo ante el respectivo funcionario del Registro Civil del lugar donde ha ocurrido el hecho del nacimiento[160] y se levante la respectiva acta o partida de nacimiento que es la prueba por excelencia del correspondiente estado. La declaración de la madre se tendrá como cierta hasta prueba en contrario, de conformidad con el artículo 457 del CC.

A falta de la prueba por antonomasia que es la correspondiente partida de nacimiento, el Código sustantivo alude a otras pruebas, considerando su carácter de supletorias porque suponen su constitución en un momento posterior a la partida, según veremos a continuación.

3.2.2 *Supletorio (voluntario y forzoso)*

La filiación materna podría ser establecida o declarada posteriormente a la partida de nacimiento, en cuyo caso se precisaría distinguir entre

[157] Véase *supra* N° VI.3.1.
[158] Véase *supra* N° VI.2.1.
[159] Véase *supra* N° VI.2.2.1.
[160] Véase artículo 445 CC.

filiación matrimonial y extramatrimonial. En la primera, no opera la figura del reconocimiento, por lo que a falta de inscripción tardía por vía administrativa[161] prosperaría un juicio de inserción de partidas (a fin de obtener la prueba supletoria)[162]; mientras que la segunda (extramatrimonial) requiere del reconocimiento de la filiación, que como bien sabemos puede ser voluntario o forzoso, esto es, por declaración de la madre (a su muerte de sus ascendientes) o en su defecto por vía judicial mediante la acción de inquisición de la maternidad.

La distinción entre principal y supletorio en relación a la prueba de la maternidad, de conformidad con los artículos 197 y 198 CC, viene dada en función de considerar que el momento primario y fundamental de establecer la filiación es normalmente al extender o levantar el acta de nacimiento.

De allí que el artículo 198 del CC se refiera al reconocimiento –como prueba supletoria– pero al reconocimiento efectuado con posterioridad a la partida de nacimiento[163] aunque se incorpore a ésta por vía de nota marginal de conformidad con el artículo 472 *eiusdem*.

Esto último está reflejado en el contenido del artículo 198 del CC que prevé:

> En defecto de la partida de nacimiento, son también pruebas de filiación materna:

[161] Véase LOPNNA artículo 126, letra f.
[162] En el que se haría valer la posesión de estado.
[163] Véase: Perera Planas, *Análisis...*, p. 169. "Se entiende y debe entenderse que la norma alude a una declaración diferente a la que hace la madre cuando confecciona el acta de nacimiento personalmente, si ésta existe, no hace falta ninguna otra declaración.
La declaración puede obrar de un documento expreso o de una declaración incidental en documento que tenga por objeto central otro contenido; o en documentos de familia, siempre que no exista ninguna duda con respecto al contenido mismo de la declaración de la cual se desprende el reconocimiento del hijo.
En cuanto al documento público, puede ser una declaración notariada o registrada o hecha ante el funcionario del Registro Civil, de la cual, en forma voluntaria, conste la manifestación de la madre respecto a la filiación.
Puede obrar también del acta mediante la cual la madre contrae matrimonio con el padre del menor y reconoce tal filiación. O del testamento o de otro acto público o auténtico, otorgado en cualquier tiempo.
En cuanto a la declaración incidental en documento que trata de otro objeto, se requiere que el documento sea público o auténtico y el reconocimiento sea directo, claro, sin que pueda motivar dudas".

> 1°.- La declaración que hiciere la madre o después de su muerte, sus ascendientes, con el fin de reconocer la filiación, en las condiciones y con las formalidades que se señalan en el Capítulo III de este título.
>
> 2°.- La posesión de estado del hijo, establecida de conformidad con las reglas contempladas en ese mismo capítulo.

En cuanto a la maternidad, se deriva de dicha norma –que se introduce en tales términos en la Reforma del CC de 1982[164]–, el carácter subsidiario de las pruebas indicadas respecto de la partida de nacimiento: tanto del *reconocimiento* de la filiación (personal de la madre o a su muerte de sus ascendientes) o la *posesión de estado,* la cual necesariamente precisa de declaración judicial[165], y que podría tener sentido tanto para la filiación extramatrimonial (inquisición de la maternidad) como matrimonial (inserción de partidas).

Estas pruebas señaladas en el artículo 198 CC son lo que ha denominado la doctrina pruebas "supletorias" o de segundo grado[166], por cuanto

---

[164] Los Códigos anteriores no contenían una referencia expresa a la determinación y prueba de la maternidad en general, aunque presentaban normas que permitían inferirla. Aludían simplemente a la filiación legítima como equivalente a la matrimonial. Véase texto inicial en: Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil, *Ob. Cit.,* pp. 36 y 37.

[165] Recordemos que la posesión de estado, bien sea haga valer en materia de prueba de la filiación matrimonial o extramatrimonial, constituye una situación fáctica o de hecho que precisa necesariamente control judicial. Véase: Domínguez Guillén, *En torno...*, pp. 61 y 62; Ramos Sojo, *Situaciones de hecho...,* pp. 377 y 378, El artículo 198 *eiusdem,* referido a la filiación materna, coloca a la posesión de estado en función probatoria de la filiación, que es la que nos interesa tratar.
Debemos observar que la posesión de estado, contrario a lo que acontece con el acta de nacimiento, no puede operar por sí misma, ni para determinar, ni para probar la filiación. Esto lo deducimos de su propia estructura: la posesión de estado consiste en hechos, circunstancias que necesitan ellos mismos ser probados o acreditados. En otras palabras, la serie o reunión de hechos alegados, servirán de base para determinar la filiación, pero en sí mismos no podrían acceder al Registro Civil porque necesitan previamente constituirse en título inscribible y ello sólo será posible cuando sean declarados tales en una sentencia.
Esto refuerza nuestra demostración de que la posesión de estado no es una prueba extrajudicial de la filiación materna, aunque la redacción del artículo 198 y su colocación, podría inducir a esa interpretación que consideramos errónea".

[166] Véase *supra* N° VI.2.1; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 105, A falta de PARTIDA DE NACIMIENTO, la Ley de manera supletoria equipara a aquélla, el reconocimiento verificado por la misma madre, y a su muerte, por los ascendientes de la madre, siempre y cuando en el caso haya existido posesión de estado de hijo.

la prueba por excelencia vendría dada por la partida de nacimiento o más precisamente por la declaración o el reconocimiento, según el caso[167], que tiene lugar al momento de extender dicha acta.

3.2.3 *Impugnación*

3.2.3.1 *Normas generales*

Hemos indicado que la filiación materna, bien sea matrimonial o extramatrimonial, se establece en principio por el hecho del nacimiento. De tal suerte que, salvo algunos supuestos excepcionales de fertilización artificial –en lo que una mujer podría dar a luz un hijo que corresponde genéticamente a otra– la maternidad viene dada por el hecho natural y jurídico del "nacimiento".

Además de las acciones de reconocimiento forzoso de la filiación, a saber, inquisición de la paternidad (o de la maternidad)[168], vimos que la forma de impugnación de la paternidad supone distinguir entre filiación matrimonial y extramatrimonial. La primera, puede desvirtuarse atacando la presunción de paternidad, bien sea por el presunto padre (acción de desconocimiento) o por un tercero (acción de impugnación de la paternidad); y la segunda, mediante la impugnación y la nulidad del reconocimiento voluntario[169]. La impugnación (no correspondencia con la realidad biológica) y nulidad (incumplimiento de formalidades esenciales) del reconocimiento voluntario de la filiación, es ciertamente predicable con relación al acto formal del reconocimiento que realice la madre. De allí que las ideas que explicáramos respecto del reconocimiento voluntario, así como su forma de impugnación, sean perfectamente aplicables al reconocimiento de la filiación materna[170]. La filiación materna matrimonial también como veremos a continuación, puede ser "impugnada", pues la impugnación se traduce en un mecanismo procesal general de atacar la filiación[171]. De allí que se hable de acciones de

[167] Según se trate de filiación matrimonial o extramatrimonial, respectivamente.
[168] Véase: Domínguez Guillén, *Notas...,* pp. 147-193; *supra* N° VI.2.2.2.
[169] Véase *supra* N° VI.2.
[170] Véase: Domínguez Guillén, *El reconocimiento...,* pp. 27-68.
[171] Véase *Ibíd*., p. 62, indicamos que: la impugnación en sentido amplio, como el género que constituye un medio de atacar procesalmente la figura en estudio, incluye la impugnación propiamente dicha y la nulidad.

impugnación de la filiación. La doctrina ubica así las acciones filiatorias dentro de la categoría de las acciones de "estado"[172], ya se trate de reclamación, contradicción, la impugnación, reconocimiento o desconocimiento del estatus legal. Tales acciones por su sentido de orden público precisan de la intervención del Fiscal del Ministerio Publico[173].

En este sentido, al distinguir entre filiación matrimonial y extramatrimonial, el Máximo Tribunal ha indicado: "Dicha filiación matrimonial puede ser atacada a través de diferentes acciones judiciales, la ejercida con relación al elemento matrimonio: acción de impugnación del carácter matrimonial de la filiación o acción de impugnación a la legitimidad; las ejercidas con relación a la maternidad: acción de reclamación de estado, acción de impugnación de estado, acción de impugnación del reconocimiento materno y la acción de nulidad del reconocimiento materno y; por último, la ejercida con relación a la paternidad: acción de desconocimiento"[174]. Vale acotar que con posterioridad a la Reforma del CC de 1982 desaparecieron –por su connotación despectiva– términos como legítimo e ilegítimo o natural para distinguir entre filiación matrimonial o extramatrimonial, por lo que no resulta propio actualmente aludir a acción de impugnación de "legitimidad". Más bien, podría denominarse "acción de impugnación de la filiación matrimonial". Este supuesto a decir de López Herrera tiene lugar cuando no se discute si se es hijo de alguien sino única y exclusivamente si los progenitores no estaban casados. Refiere que dicha acción no figura expresamente en el CC vigente a diferencia del artículo 211 del CC de 1942 pero que puede ejercerla cualquiera que tenga interés[175]. Sin embargo, dada la equiparación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales que pretendió el CC de 1982 (artículo 234 CC) posiblemente la referida acción podría haber perdido sentido útil.

---

[172] Véase: Pérez Alfonso, *Ob. Cit.,* p. 29, que el autor califica de "declarativas" a diferencia de otras acciones de estado constitutivas en materias distintas como el divorcio y la interdicción.
[173] Véase: artículo 130 num. 3 del Código de Procedimiento Civil, y 231 del Código Civil.
[174] Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. N° 288 del 13-3-08, Exp. Nº AA60-S-2007-001985, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0288-130308-071985.htm, Y se agrega: "...En consecuencia, ...no puede limitarse el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad sólo en el supuesto caso de existir matrimonio entre el padre y la madre del hijo cuya paternidad se impugna, tal y como lo argumentó el Juez Superior en su sentencia, pues cuando la paternidad ha sido establecida a través del reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial, la misma (paternidad) puede ser igualmente impugnada, de conformidad con el artículo 221 del Código Civil. Así se establece".
[175] López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 357 y 358.

Ahora bien, respecto a la maternidad en particular el CC trae una disposición en materia de impugnación en el artículo 199 que prevé:

> A falta de posesión de estado y de partida de nacimiento, o cuando el hijo fue inscrito bajo falsos nombres, o como nacido de padres inciertos, o bien si se trata de suposición o sustitución de parto, la prueba de filiación materna puede efectuarse en juicio con todo género de pruebas, aun cuando, en estos dos últimos casos, exista acta de nacimiento conforme con la posesión de estado.
>
> La prueba de testigos sólo se admitirá cuando exista un principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o los indicios resultantes de hechos ya comprobados sean bastante graves para determinar su admisión.
>
> El principio de prueba por escrito resulta de documento de familia, de registros y de cartas privadas de los padres, de actos privados o públicos provenientes de una de las partes empeñadas en la litis, o de persona que tuviere interés en ella[176].

La norma prevé los supuestos en que procede la impugnación de la filiación materna, así como la admisión a la prueba testimonial y el principio de prueba por escrito. De tal disposición, en consonancia con el artículo 230 del CC[177], se deduce que la filiación materna puede impugnarse cuando *no* exista correspondencia entre la posesión de estado y

---

[176] Tal norma se encontraba en dos disposiciones distintas en los Códigos anteriores: CC 1942 arts. 208 y 208; CC 1922 y 1916 arts. 224 y 225; CC 1904 arts. 206 y 207; CC 1896 arts. 200 y 201; CC1880 arts. 203 y 203; CC 1873 arts. 198 y 199. Inspirado a su vez en los arts. 174 y 175 del CC italiano de 1865.

[177] Que indica: "Cuando no exista conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado, se puede reclamar una filiación distinta de la que atribuye la partida de nacimiento. Y aun cuando exista conformidad entre las actas del Registro Civil y la posesión de estado, se puede también reclamar una filiación distinta de la que atribuyen las actas de Registro Civil si se reclama y prueba judicialmente por cualquier medio, la suposición o sustitución de parto, o si el hijo fue inscrito bajo falsos apellidos o como nacido de padres inciertos". Dicha norma data del CC de 1867 que indicaba en su artículo 125: "Nadie puede reclamar un estado contrario al que resulte de su partida de nacimiento, si ésta guarda conformidad con la posesión de estado; y ninguno puede impugnarlo en el mismo caso".

la respectiva partida de nacimiento[178], y aun existiendo correspondencia entre éstas cabría la impugnación en casos de *suposición* o *sustitución* de parto. Así como también, según agrega la norma, en caso de *falsos nombres* o de *padres inciertos*.

La norma comienza indicando que si se carece tanto de partida de nacimiento como de posesión de estado procede la impugnación, pues recordemos que a falta de la prueba por excelencia que es la partida, cabría hacer valer judicialmente por vía subsidiaria la posesión de estado. De allí que el primer supuesto de impugnación es la falta o carencia de partida *y* de posesión de estado. Procede la impugnación de la maternidad si falta la partida de nacimiento conjuntamente con la posesión de estado[179]. López Herrera incluye en tal supuesto cuando careciendo de partida de nacimiento se alega que la posesión de estado es falsa, porque ello equivale a no tener ninguna[180].

Ahora bien, de no coincidir partida de nacimiento con posesión de estado puede impugnarse judicialmente la filiación, pues recordemos que el acta es la prueba por excelencia y valdría si no es cuestionada en juicio; precisamente se podría atacar ante la falta de correspondencia. Si existe coincidencia entre acta de nacimiento y posesión de estado en principio no procede la impugnación, salvo en los casos excepcionales que prevé la propia norma (suposición o sustitución de parto, falsos apellidos o padres inciertos).

---

[178] Se afirma entonces que "en principio" no se puede reclamar una filiación distinta a la que atribuye la partida de nacimiento si existe correspondencia con ésta y la posesión de estado.
[179] Véase: Ramírez, *Ob. Cit.,* p. 229. "Como se ve, la ley habla en primer lugar de carencia de acta de nacimiento y de la posesión de estado, porque si ésta existe, suple la falta de aquélla; 'el hijo que carece de partida de nacimiento, porque no fue registrada, o porque se perdió la que existía, o porque se ignora dónde se inscribió, puede tener a su favor la posesión de estado e invocarla para acreditar su legitimidad'; y si faltan una y otra, no sería cónsono con el principio de justicia negarle el derecho de aportar por otro medio la prueba de su verdadera filiación...".
[180] Véase López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 334. Cuando el interesado en demostrar su filiación materna carece de partida de nacimiento y alega que es falsa su posesión de estado (sea por fraude, por usurpación o por simple error, la posesión de estado que tiene, señala como su madre a una mujer diferente de la que él pretende tener.
Esta hipótesis equivale a la del primer caso citado (no hay partida de nacimiento ni posesión de estado), puesto que si se comprueba la falsedad de la posesión de estado, la situación del interesado sería la de tampoco tener tal posesión.

La *suposición* de parto, como su denominación lo indica, tiene lugar cuando una mujer hace parecer –no siendo cierto– ante los terceros una falsa gestación y por ende un falso nacimiento. Por su parte, la *sustitución* de partos, supone la realidad del nacimiento pero el cambio de los hijos, bien sea voluntaria o accidentalmente. Es lo que la doctrina ha denominado "falso parto o suplantación"[181] al que se agrega la *supresión* de parto, si éste es ocultado[182].

En cuanto al supuesto de falsos nombres, se indicó acertadamente en los debates pertinentes que no se trataba propiamente de falsedad de nombres o apellidos del hijo (que vendrán derivados de la partida) sino propiamente al de sus padres[183]. La indicación de "padres inciertos" difícilmente tendrá lugar a partir de la Reforma del CC de 1982 porque los niños cuya filiación no esté establecida respecto de ninguno de los progenitores figurarán en la partida con dos apellidos que coloca el funcionario de conformidad con el artículo 239 del CC, a lo que hay que agregar que el artículo 56 de la Constitución de 1999 ratifica lo anterior

[181] Véase: Sanojo, *Ob. Cit.,* p. 212. "Entiéndase por suposición de parto, el hecho de declararse que el niño es hijo de una mujer que no ha dado a luz; y por sustitución, el de cambiar dos recién nacidos para hacer que aparezcan como hijos de personas que realmente no son sus padres"; Granadillo, *Ob. Cit.,* pp. 48-50.
[182] Domínici, *Ob. Cit.,* pp. 309 y 310, indica que la supresión está comprendida en los indicados por la norma y tiene lugar cuando se oculta o se hace desaparecer el hijo, fingiendo que nació muerto, o hubo falso alumbramiento. Agrega que constituyen delitos.
[183] Véase: Boletín de la Comisión Codificadora Nacional, Año I, Nos. 7 y 8, pp. 35 y 36, intervención de Luis I. Bastidas en sesión del 10 de agosto de 1937, que indica "Esta advertencia se dirige a hacer ver que es difícil la falsedad del apellido del niño, que no se expresa, porque del acta se deduce; en efecto, si es legítimo, en el acta figura el apellido del padre que corresponde al hijo y el de la madre; si es hijo ilegítimo llevará el apellido de la madre o del padre, según los casos; y si el niño es presentado como nacido de padres inciertos, no puede tener apellido. Menos puede ser falsificado el nombre propiamente, porque no existiendo otra partida que la discutida, y no pudiendo constar el nombre, conforme a nuestras leyes, sino en la partida, es verdadero y de ningún modo falso el nombre que figura en la dicha partida discutida. Pero esta falsedad irrealizable respecto al nombre del recién nacido puede ocurrir en el nombre y apellido de sus padres, sin que se trate de una sustitución o suposición de parto, casos distintos de los cuales también se ocupa el artículo 224. Señaló así alteraciones en el nombre y apellido del padre o de la madre, sin que se haya tenido intención de cambiar la filiación del recién nacido. Me parece que hace poco tiempo el doctor Bance refirió a la Comisión un caso de esta especie ocurrido en Caracas. Si esto fuere así, quizá convendría modificar la parte pertinente del artículo 224, así:
Art. 224. A falta de partida de nacimiento y de posesión de estado, o cuando en la partida aparezcan alterados el nombre o el apellido del padre o de la madre inscrito...".

al indicar que los instrumentos de identidad no "contendrán mención alguna que califique la filiación".

En tales supuestos, al margen del carácter matrimonial o extramatrimonial de la filiación materna[184] y aun cuando exista correspondencia entre la respectiva acta de nacimiento del hijo y la posesión de estado, se podría impugnar dicha maternidad, bien sea la verdadera madre, el hijo u otro interesado.

La doctrina alude en función del citado artículo 199 CC que la filiación materna puede ser impugnada en juicio en tales casos mediante todo género de pruebas con las limitaciones establecidas por la propia norma, en torno a la prueba testimonial[185]. Esto es, esta última precisa para su admisión de un principio de prueba por escrito[186] o de presunciones o indicios suficientemente graves[187]. Señalamos al estudiar el reconocimiento forzoso de la filiación que dicha limitación de la prueba testimonial[188] –según ha indicado el Máximo Tribunal– no aplica respecto de la filiación paterna[189]. Vale indicar que las experticias científicas podrían resultar fundamentales para solventar la realidad bioló-

[184] Decimos esto, pues los autores anteriores a la Reforma del CC de 1982 aluden a filiación materna legítima, pero la impugnación de la filiación es predicable respecto de la filiación matrimonial y de la extramatrimonial. Los artículos 226 y ss. del CC lo ratifican. Véase también: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 126, los preceptos explanados (197 y ss. CC) tienen alcance general ya se trate de reclamación o impugnación, matrimonial o no.

[185] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 347 y 348; Bocaranda, *Análisis...,* pp. 122 y 123; Viso, *Ob. Cit.,* pp. 503 y 504; Domínici, *Ob. Cit.,* pp. 306-309; Sanojo, *Ob. Cit.,* pp. 211 y 212; Ramírez, *Ob. Cit.,* pp. 229 y 230; Granadillo, *Ob. Cit.,* pp. 51 y 52; Torres-Rivero, *Pruebas...,* 1970, pp. 90 y 91; Perera Planas, *Análisis...,* pp. 170-173; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 105.

[186] Instrumentos o documentos ejemplificativamente referidos por la propia norma. Véase: Bonnecase, *Ob. Cit.,*, p. 270, al comentar la norma semejante o equivalente indica que el principio de prueba por escrito que precisa la norma no es el considerado por el derecho común, en el sentido que no es necesario que emane del adversario a quien se le reclama una filiación materna, lo cual se explica por tratarse del estado de familia.

[187] Véase: Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 204, como indicios pueden citarse la semejanza de la cara, la voz, del cuerpo o de cualquier otro fenómeno hereditario físico, las circunstancias en que se haya abandonado el hijo, la ropa que llevaba, etc.; Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 270, podrían ser descubiertos por el Juez durante una comparecencia personal de los interesados.

[188] Véase: Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 203, la ley desconfía en tal caso de los testigos, pues los intereses en juego son considerables.

[189] Véase: Domínguez Guillén, *Notas..,* pp. 164 y 165; TSJ/SCS, Sent. N° 118 del 31-5-01, O.P.T., T. I, mayo 2001, pp. 482 y 483.

gica de la maternidad[190], no obstante el peso que le concede el legislador a la posesión de estado[191].

El artículo 200 del CC prevé: "La prueba contraria puede hacerse por todos los medios propios para demostrar que la persona de quien se trata no es realmente el hijo de la mujer que él pretende tener por madre"[192]. De esto se indica que la prueba de la exclusión de la maternidad no presenta la limitación relativa a la prueba testimonial prevista en el artículo 199 *eiusdem*, sino que puede tener lugar por todos los medios probatorios[193]. En tal caso, como refiere Sanojo, "para producir la contra prueba no se necesita ningún principio de prueba por escrito, ni ningún indicio supletorio"[194].

Así pues, la filiación en general, ya se trate de maternidad o paternidad puede ser reclamada o impugnada judicialmente, mediante el ejercicio

---

[190] Véase: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 16-5-06, Exp. N°5838, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/1320-16-5838-.html a propósito de impugnación de maternidad, se indica que: "...causando indefensión al pretendido hijo de la demandante al omitir sin justificación una prueba esencial para la comprobación de su verdadera identidad, pues al quedar firme la sentencia se transgrediría este derecho fundamental, inherente a la persona humana, como es el derecho a conocer su verdadera identidad, razones por las cuales solicita se reponga la causa al estado de que se practique la prueba heredobiológica... Repone la causa al estado de que se practique la prueba heredobiológica al niño.

[191] Véase artículo 233 CC, así como el 210 cuyo establecimiento automático de la filiación ante la prueba de la posesión de estado consideramos igualmente aplicable a la maternidad.

[192] El CC de 1942 agregaba al final de la norma: "...o bien que no es hijo del marido de la madre, cuando esté probada la maternidad".

[193] Véase: Bocaranda, *Análisis...,* p. 123 "El Código admite la posibilidad de rechazar legalmente la pretensión de que alguien se tenga como hijo de determinada mujer. Para tal rechazo, vale la prueba contraria. Valen como prueba contraria: todos los medios idóneos para tal finalidad"; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 348; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 105; Viso, *Ob.. Cit.,* p. 504; Ramírez, *Ob. Cit.,* pp. 230 y 231. Véase en sentido contrario indicando que debería mediar la misma limitación prevista en el artículo 199, Granadillo, *Ob. Cit.,* p. 59. Nosotros no estamos de acuerdo con esta liberalidad para los demandados, por las siguientes razones: Para demostrar lo contrario de lo que se propone el hijo, debe evidenciar el demandado que aquél es de otra mujer ... o que no es mismo inscrito en la partida de nacimiento, es decir, que en el fondo está tratando de constituir otra filiación; y darlo la prueba testifical libre a él es ponerlo en situación favorable respecto a las probanzas del hijo o sus herederos y por consiguiente, como se trata, bien para el demandante o para el demandado, de probar filiaciones excluyentes, se debe limitar también a este último las pruebas al igual que al hijo".

[194] Sanojo, *Ob. Cit.,* p. 213.

de la respectiva acción de conformidad con las reglas indicadas[195]. Las cuales en algunos casos en aras de la paz familiar colocan por encima de la verdad biológica la posesión de estado, tal es el caso, de los artículos 206, 210 y 230 del CC. El peso que el legislador le atribuye a la posesión de estado como situación fáctica que se proyecta en el tiempo viene confirmado por el artículo 233 *eiusdem* que le ordena al Juzgador tomar en cuenta tal situación en los conflictos de filiación, amén de todos los medios de prueba[196].

Sin embargo, la particularidad de un caso concreto en atención a principios constitucionales, ciertamente de orden superior, podría definir una orientación contraria a las de las normas legales. Pero pensamos que ello supone el análisis del supuesto particular interpretado a la luz de las normas o principios constitucionales, ello evitaría en principio la rígida aplicación de reglas que tienen más de un siglo de origen y que resultan obsoletas ante los avances científicos[197], así como también evitaría pretender abolir toda la normativa del texto sustantivo –que contiene un soporte inspirado en la seguridad y bienestar familiar– en función de la verdad biológica.

Es decir, el artículo 56 de la Carta Magna (que no consagra el establecimiento de la filiación legal en atención a la verdad biológica en términos absolutos)[198] establece el derecho de conocer la identidad de

[195] Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 346 y 347. "La acción de reclamación de maternidad es una acción de filiación que, como todas, está dirigida a lograr una decisión judicial en la cual se determine la filiación (en este caso, la filiación materna, específicamente) que siempre ha correspondido a una persona", y agrega que la prueba de maternidad derivada de la sentencia definitiva y firme en juicio de reclamación de estado es oponible a todos cumplidos requisitos del artículo 507 C.C.

[196] Prevé dicha norma: "Los Tribunales decidirán, en los conflictos de filiación, por todos los medios de prueba establecidos, la filiación que les parezca más verosímil, en atención a la posesión de estado"

[197] A saber por ejemplo, la interpretación rigurosa de la maternidad únicamente en función del "nacimiento" (norma que data del CC de 1867) ante la posibilidad de dar a luz un hijo biológico de otra mujer porque a ésta corresponde el óvulo. La Carta Magna en su artículo 56 consagra el derecho de toda persona a conocer su filiación (que es un vínculo genético o de sangre) y el artículo 76 *eiusdem* el derecho de todo niño a ser criado por sus padres.

[198] Pues la norma lo que clara y expresamente establece es el derecho de toda persona a conocer la identidad biológica de sus progenitores y a tal fin el derecho a investigar dicha paternidad o maternidad, pero tal podría ser de forma excepcional, perfectamente independiente a la generación de efectos jurídicos, pues lo que constituye sin lugar a dudas un derecho inherente al ser humano es el de conocer su identidad genética. Véase *infra* N° VI.5.

los progenitores e investigar la filiación; dicha norma tiene que ser interpretada en sus justos límites, considerando la pertinencia y conveniencia de la realidad biológica de la filiación en cada particular problema filiatorio. Es decir, ha de tenerse en cuenta las normas estudiadas en atención a ciertas reglas o criterios orientadores, tales como la preponderancia de la posesión de estado, la importancia de la verdad biológica, el interés superior del menor, la circunstancia de que no siempre coincide filiación legal con biológica en atención a la paz de las relaciones familiares, el carácter de orden público del estado filiatorio que lo sustrae al principio de la autonomía de la voluntad, la libertad probatoria con que cuenta el presunto hijo en cuanto a la acción de inquisición de la paternidad o de la maternidad, el carácter personalísimo del reconocimiento voluntario, la necesidad de encuadrar la impugnación de la filiación en el marco de la normativa correspondiente, las consecuencias que puede acarrear la fertilización asistida ante normas creadas en un tiempo en que éstas no existían, etc. De hecho, algunos de los criterios indicados han de considerarse para la resolución jurídica de la problemática derivada de las técnicas científicas para generar la vida humana[199].

Así por ejemplo, hemos dicho en otras oportunidades –y no creemos que ello pueda ser obviado o derogado en forma general– que la posesión de estado, al menos en materia de inquisición de la paternidad o la maternidad, de conformidad con el artículo 210 del CC, priva sobre la realidad biológica[200]. También señalamos que en condiciones normales la presunción de paternidad no puede ser impugnada por un tercero sino en casos excepcionales y con especial hincapié en la posesión

---

[199] Véase *infra* N° VI. 3.3.3.2.

[200] Véase: Domínguez Guillén, *Notas sobre...*, pp. 184-186; Di Lella, Pedro: *Las pruebas de histocompatibilidad en los procesos del estado.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas,* 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 82 y 83. "Me parece importante no olvidar que la racionalidad forma parte de la definición misma del ser humano, y que por ende la 'identidad' del sujeto es tanto biológica como psicosocial, y por ello mismo no está privado de fundamento hacer prevalecer la segunda sobre la primera, cuando el criterio legislativo así lo considere prudente, como por ejemplo, cuando el transcurso del tiempo así lo justifique. Es esto lo que explica la importancia dada en la legislación francesa y española a la posesión de estado como elemento determinante para influir en la concesión o denegación de legitimación o en la caducidad de las acciones del estado filial".

de estado. Pero tal posesión, según admite el propio Código sustantivo respecto a la maternidad podría no ser suficiente en casos excepcionales en los que incluso se corresponda con la partida de nacimiento, a saber, ante la suposición, sustitución o supresión de parto. De pretender, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo matrimonial por parte de un tercero o admitir el desconocimiento una vez caducada la acción en función de la primacía de la "verdad biológica" de la filiación constituye una pretensión que no sólo echaría por tierra la normativa filiatoria fundamentada en la paz, bienestar y seguridad familiar sino que posiblemente sería fuente de inagotables conflictos. De ser así, poco valdrían las reglas estudiadas porque absolutamente todo quedaría resuelto en función de la tan mentada "verdad biológica", que por supuesto –aclaramos– en algunos casos ciertamente será determinante, pero lo que queremos significar es que no será en "todos". Generalmente los conflictos filiatorios no pueden ser resueltos en función de una regla o criterio único porque los mismos están inmersos en un sistema de Derecho cargado de múltiples normas, principios y valores que precisan de un examen global y adaptado al caso concreto. Un único criterio aunque permita resolver por su preponderancia un caso concreto, no podría constituir la solución a todos y cada uno de los problemas derivados del estado familiar filiatorio.

Es decir, creemos que la "verdad biológica o genética de la filiación" constituye un criterio o principio que por sí solo podría ser determinante en ocasiones en el establecimiento de la filiación; pero no siempre será así, en otros supuestos precisará ser interpretado a la luz de otras reglas o principios filiatorios, de cuyo análisis ciertamente podrá concluirse la preponderancia de éstos sobre la filiación genética.

El artículo 56 de la Carta Magna dispone que toda persona tiene derecho a conocer la "identidad" de los progenitores y agrega "El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad". Esta parte final refiere el derecho de toda persona a investigar su filiación que incluye el ejercicio de la acción de inquisición de la paternidad o la paternidad. Obsérvese que adicionalmente la norma constitucional consagra el derecho a conocer la "identidad" de los progenitores, pero ello ***no*** supone necesariamente la "impugnación legal de la filiación"; en todo caso, lo que consagra la norma en términos absolutos es que toda persona tiene derecho a investigar la filiación para acceder a la identidad (genética), de sus progenitores, pues es un derecho natural del ser

humano conocer su origen, independientemente de su filiación legal. Es decir, una cosa es el derecho de todo ser humano de conocer su origen al margen de que de ello no se deriven consecuencias legales y que forma parte del derecho de la identidad[201] y otra cosa es pretender siempre la "impugnación de la filiación" con las respectivas consecuencias legales que ello acarrearía, en atención a la verdad biológica, apoyándose en el artículo 56 de la Constitución. Ese no es el sentido de dicha norma ni de otras que inspiran la materia filiatoria por las razones que hemos explicado relativas a la paz familiar, social y la seguridad jurídica[202]; hay situaciones e instituciones donde no impera la verdad biológica y ello lo reconoce la propia Carta Magna cuando consagra la adopción en su artículo 75. Pretender que actualmente toda filiación pueda ser impugnada en atención a la verdad biológica, constituye una afirmación que se cae por su propio peso y que no se compadece con el sentido de la materia filiatoria inclusive en su perspectiva constitucional.

3.2.3.2 *Fecundación artificial*

Algunas de las normas que referimos, especialmente con relación a la maternidad[203], han quedado cuestionadas o desfasadas en razón de los avances científicos, específicamente debido a las formas artificiales de generación de la vida o técnicas de reproducción asistida[204]. Ciertas ideas reseñadas sobre filiación pueden ser reconsideradas o al

---

[201] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, p. 124, "El art. 56 de la Constitución vigente, en su primer párrafo señala expresamente el derecho de toda persona a conocer la identidad de sus padres. En efecto, se ha considerado incluido dentro del derecho a la identidad, el conocimiento que debe tener todo ser humano sobre su identidad biológica, a saber, tener información sobre sus padres genéticos. Así se le debe reconocer a todo ser humano la posibilidad de acceder al conocimiento de su identidad biológica o genética, aun cuando no se deriven de ello consecuencias jurídicas, como sería en el caso de la adopción o de la procreación asistida. Esa sana curiosidad de conocer nuestro origen forma parte de la identidad y constituye un derecho innegable de la persona humana".

[202] Véase: Guerrero Quintero, *Genética y filiación...,* p. 489, señala que de imponerse el criterio que la filiación biológica existirán muchos procesos de impugnación de la filiación de parte de aquellos hijos que vean bienes de fortuna en sus padres genéticos y surgirá una forma de impulsar la destrucción de la familia como célula fundamental de la sociedad.

[203] Véase: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos...,* p. 105, los problemas que acarrea la infertilidad femenina son de otra índole y más complejos que los surgidos de la infertilidad masculina, puesto que en la primera es más importante la participación de la mujer en la procreación.

[204] Véase sobre el tema: Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N.: *Bioderecho.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 66-77.

menos repensadas a la luz de las técnicas científicas para generar la concepción. Temas como la donación de óvulos y semen, madres sustitutas, responsabilidad de establecimientos médicos[205], inseminación *post mortem,* etc., han socavado las reglas tradicionales de filiación concebidas siglos atrás, cuando tales avances eran impensables para el Legislador. La fecundación o concepción artificial, esto es, la que acontece con el auxilio de la ciencia médica, produce variaciones sustanciales en conceptos tradicionales como la "maternidad". Podrían generarse conflictos de maternidad distintos a los casos reseñados por el artículo 199 del CC en razón de las técnicas científicas para generar la vida, a saber, la fertilización artificial[206], bien sea inseminación artificial o fertilización *in vitro*[207]. Posiblemente esta última, la fertilización *in vitro* o concepción fuera del claustro materno, es la que mayor polémica genera, en razón de la posibilidad de embriones sobrantes[208] y de implantarle a un mujer el óvulo de otra. En efecto, la idea de doble maternidad derivada de dos circunstancias distintas y no

---

[205] Véase sobre éstos: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 456-471; Ochoa Gómez, Oscar E.: *Personas Derecho Civil I.* Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006, pp. 317-325.

[206] Véase: Bernard Mainar, Rafael: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000; Piña Valles, Ovelio: *Contexto Jurídico de la procreación médicamente asistida.* Venezuela, Universidad del Zulia, Ediciones del Vicerrectorado Académico, 2007; Aguilar Gorrondona, Jorge: *Reflexiones sobre los efectos jurídicos en materia de Derecho de Familia de la reproducción asistida*. En: *Estudios de Derecho Civil.* Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren, Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 27-55. Véase también: Gómez Piedrahíta, Hernán: *Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos.* Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1984; Bernard Mainar, *La regulación de la reproducción asistida...,* pp. 261-307; Chávez Asencio, Manuel F.: *Orientaciones y criterios sobre la inseminación artificial.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia.* Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Grafica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 199-221; Nezer de Landaeta, Isis: *Trascendencia jurídica de las nuevas tecnologías de reproducción humana y de investigación genética.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia.* Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Grafica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 183-197.

[207] En la inseminación artificial la fecundación del óvulo y del espermatozoide acontece dentro del claustro materno con el auxilio de la ciencia médica; por su parte, la fertilización *in vitro* (generalmente procede descartado el éxito de la anterior) supone la fusión extracorpórea de las células sexuales masculina y femenina, para que una vez que ha tenido lugar la concepción le sea implantado el embrión a la mujer. Se aprecia que en cualquiera de los dos casos, pudiera acontecer que a la mujer se le implante el óvulo de otra.

[208] Sobre la situación jurídica de tales embriones, véase nuestros comentarios y bibliografía citada en: Domínguez Guillén, *Inicio y extinción...,* pp. 111-118.

coincidentes (parto e identidad genética) constituye uno de los conflictos filiatorios más álgidos del avance científico.

La interpretación tradicional, a la luz de las normas indicadas con prescindencia de la verdad genética, lleva a indicar por ejemplo que si una mujer da a luz un hijo producto de un óvulo y esperma de una pareja, el hijo es de la primera por aplicación del artículo 197 CC y, en todo caso, podría operar el reconocimiento del hombre si quien dio a luz es soltera, porque si es casada operará la presunción de paternidad[209]. Por otra parte, hay quienes pretenden resolver en todo caso los problemas filiatorios incluyendo los derivados de la fertilización artificial con el principio de la verdad biológica o genética de la filiación, en función del artículo 56 de la Constitución que alude a dicha filiación[210], llegando a sostener inclusive la inconstitucionalidad del artículo 204 del CC[211] que admite la inseminación artificial heteróloga y prohíbe al marido la acción de desconocimiento si medió autorización[212]. Sin embargo, creemos que si bien la verdad genética de la filiación es importante y podrá resolver múltiples problemas asociados al estado filiatorio, por sí sola no constituirá la panacea en la resolución de los conflictos familiares, pues debe combinarse con otros principios igualmente importantes y también de rango constitucional como es el interés del menor. Amén de que la paz familiar en una materia tan delicada precisa un mínimo de seguridad y así lo reconoció el propio Legislador de 1982 que si bien se inspiró en la verdad de la filiación, mantuvo acertadamente la posibilidad de que en algunos casos filiación legal y biológica no coincidieran. De hecho, se le concedió un sitial preponderante a la posesión de estado sobre esta última[213].

Así pues, hemos sostenido que no es cierto que la verdad biológica "siempre" y en todo caso, deba ocupar un lugar preeminente en materia de acciones filiatorias, pues diversos son los supuestos en que el Legislador acertadamente la obvió en aras del bienestar familiar y las circuns-

[209] Véase *supra* N° VI.2.1. Véase citando éste y otros supuestos: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 469-471.
[210] Véase: Aguilar Gorrondona, Jorge, *Ob. Cit.,* p. 48. Sobre tal principio, véase: Ramos Sojo, *Unidad...,* pp. 113-143
[211] Sobre éste, véase *supra* N° VI.2.1.
[212] Véase Aguilar Gorrondona, Jorge, *Ob. Cit.,* p. 49.
[213] Como se evidencia de los artículos 210, 233, 230 y 199 del CC.

tancias especiales[214], entre los que cabe citar los supuestos de caducidad de la acción de desconocimiento[215], la prescripción de la acción de inquisición frente a los herederos[216], la fertilización artificial heteróloga con autorización del marido[217], el reconocimiento forzoso de la filiación en forma automática a través de la posesión de estado[218], la imposibilidad de impugnar filiación en caso de coincidencia de la partida de nacimiento con la posesión de estado, salvo supuestos excepcionales[219]. Pretender desaplicar tales normas en función de la verdad de la filiación no constituye una lógica interpretación de la materia porque como hemos reiterado la paz familiar precisa de un mínimo de seguridad a la vez de que no siempre será lo más conveniente en función del interés del hijo. No cabe sostener la verdad biológica a toda costa en función del artículo 56 de la Carta Magna que consagra concretamente el derecho conocer la identidad genética e investigar la filiación[220], pues el propio texto constitucional toma en cuenta otros principios que podrían entrar en contradicción en un supuesto particular y que deben ser considerados[221]. De allí que como es difícil precisar genéricamente o en abstracto, cuál de las reglas indicadas tendría preponderancia, cualquier solución vendría necesariamente dada por el análisis del caso concreto. Sin embargo, según veremos, la consolidación de la filiación legal sobre la biológica, no es óbice, para ejercer el derecho de toda persona a conocer su identidad genética[222]. Los problemas filiatorios derivados de la fecundación asistida no escapan de las ideas referidas.

[214] Véase: Domínguez Guillén, *Notas...,* pp. 185 y 186. "De allí que, a pesar que el CC de 1982 se inspira en la "verdad" de la filiación, el mismo Código admite claramente que la verdad biológica de la filiación cede en ocasiones por razones de seguridad jurídica y paz familiar. Por lo que no siempre será procedente pretender resolver los conflictos filiatorios alegando la verdad biológica de la filiación. Si bien tradicionalmente la verdad de la filiación se ha entendido por su coincidencia con la verdad biológica, se señala acertadamente que en aras de la paz social la "verdad jurídica" de la filiación no necesariamente coincide en ocasiones con la verdad biológica, aun cuando el Legislador pretendió acercarse lo más posible a la misma; porque la realidad no solamente es el vínculo de sangre".

[215] Artículos 206 y 207 CC.

[216] Artículo 228 CC.

[217] Artículo 204 CC.

[218] Artículo 210 CC.

[219] Artículos 199 y 230 del CC.

[220] Véase: Morales, *Ob. Cit.,* p. 790, comenta que la norma del artículo 56 de la Constitución que establece la libertad de investigación de la paternidad y la maternidad, conlleva a la desaparición de las limitaciones que el Código Civil contempla respecto de la investigación de la paternidad en determinados casos.

[221] Véase artículos 75, 76, 77 y 78.

[222] Véase *infra* N ° VI.5.

Los conflictos filiatorios derivados de la fertilización artificial o avances científicos podrán presentar múltiples combinaciones, a saber, mujer que da a luz con el óvulo que no es suyo y respecto de la cual habría que distinguir su estado de casada o no, así como si el semen es de su marido o de un tercero que podría ser el cónyuge de quien aportó el óvulo. Podría acontecer que un mujer dé a luz un hijo genéticamente suyo porque aportó el óvulo, pero que el semen sea de un hombre casado, de un tercero o de su marido si fuera el caso. Es decir, la doctrina admite que las posibles hipótesis que pueden plantearse vienen a ser combinaciones fundamentalmente de dos supuestos: cuando la madre sustituta proporciona solamente su útero o cuando también proporciona el óvulo[223]. Más que dar una posible tabla de soluciones jurídicas según los casos, valdría simplemente tener en cuenta ciertas reglas o principios orientadores cuya solución –a riesgo del alegato de inseguridad jurídica– quedará en manos del Juzgador en función del análisis de los mismos bajo el estricto examen del caso concreto. Podrían indicarse algunos criterios a considerar sin pretender orden subsidiario: el papel preponderante de la *posesión de estado*, la importancia de la verdad biológica o genética, la consolidación de la filiación legal sobre la biológica en aras del bienestar familiar, el carácter de orden público de las normas filiatorias, el interés superior del menor en que se ubica el derecho de éste a tener un "padre" y una "madre" y desarrollarse en el seno de su familia de origen. La combinación o consideración de los mismos –reiteramos– no puede hacerse en abstracto porque cada supuesto es único y precisa analizar y sopesar las reglas referidas[224].

No resuelve expresamente el Legislador venezolano la situación de la madre que da a luz un hijo que genéticamente no es suyo, porque el óvulo es de otra mujer, denominado también "madres sustitutas", y para algunos no hay mayor inconveniente porque según el artículo 197 del CC "madre es la que da a luz", pues la maternidad viene determinada en principio por el hecho del "*nacimiento*". Sin embargo, creemos que dicha norma que data del CC de 1867 cuando tal situación era inimaginable pudiera ser matizada por el artículo 56 de la Carta Magna, pues la filiación supone un vínculo de sangre o genético que ciertamente supera el hecho del "nacimiento". Ciertamente, cualquier acuerdo o contrato

---

[223] Véase: Aguilar Gorrondona, Jorge, *Ob. Cit.,* pp. 36 y 37.
[224] Véase *supra* N° VI. 3.3.31.

en la materia carece de validez, por aplicación del artículo 6 del CC que sustrae del principio de autonomía de la voluntad materias como la relativa al de estado filiatorio. La doctrina se manifiesta en torno a la nulidad del contrato relativo a maternidad subrogada[225].

Ante el silencio del legislador, el posible conflicto de "*doble maternidad*" (la que da a luz y la que dio su óvulo) producto de la fertilización artificial precisará necesariamente de un análisis de los principios filiatorios y de protección a la infancia,[226] a la luz de la Carta Fundamental. Con ello queremos significar que sea cual sea la decisión del Juzgador en función de las particularidades del caso y del interés del menor[227], el problema no puede ser resuelto alegando únicamente que "madre es la que da a luz" o "madre siempre cierta es"[228] porque por imperativo constitucional la filiación es más que esto, es un vínculo de sangre y genético que une a dos personas (artículo 56). Si a ello se le acompaña el interés superior del menor –que tiene carácter constitucional[229]– no sólo de acceder a su filiación biológica o genética, sino el derecho de crecer en el seno de una familia, conformada por un padre y una madre y ser criado por éstos, podría concluirse que sería perfecta y jurídicamente posible admitir[230] que el antiguo artículo 197 del CC no puede ser interpretado aisladamente. Aclaramos, que no se trata de considerar que nuestra interpretación sea la correcta, lo que proponemos es que cualquiera que sea la decisión del Juzgador en función de la naturaleza

---

[225] Véase: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos...,* pp. 106-109.
[226] Tales como "el interés superior" del menor, así como la "prioridad absoluta". Véase también: Artículo 78 de la Constitución; Artículo 8 de la LOPNNA y 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
[227] Que no es más que el interés particular del niño con una suerte de pronóstico o proyección de lo que le resultará más conveniente.
Véase sobre el interés del menor en materia filiatoria: Rivero Hernández, Francisco: *El interés del menor.* Madrid, Dykinson, 2000, pp. 175-178, comenta que según decisiones del Tribunal Constitucional español debe combinarse el interés del hijo en investigar la paternidad con el principio del favor *filii* según el cual los tribunales deben impedir que la constatación del hecho biológico produzca más inconvenientes que los inevitables que en ocasiones puede acarrear la mera declaración de paternidad o maternidad (*Ibíd*., p. 176).
[228] Véase: Petzold-Pernía, Hernán: *El principio mater in iure semper certa est frente a la transferencia de embriones humanos.* En: *SUMMA,* Homenaje a la Procuraduría General de la República 135° Aniversario, Caracas, 1998, pp. 655-669.
[229] Véase artículo 78.
[230] Al menos en el caso de una pareja que aportó sus células sexuales, para que una mujer gestara y diera a luz el hijo de ambos.

y particularidades del caso, el análisis de su decisión debe necesariamente superar la resolución del conflicto de doble maternidad con el solo alegato del artículo 197 del CC, aun cuando la solución pudiera llevar al mismo resultado.

Podrán presentarse otros problemas jurídicos derivados de las modernas técnicas para generar la vida[231], por ejemplo, la fertilización *post mortem*, la fertilización artificial individual y algunos incluyen la clonación, entre otros. Creemos al margen de las consideraciones filiatorias que pueden hacerse en torno a la posibilidad de la fecundación artificial *post mortem*[232], esto es, de inseminar a una mujer con el semen de un hombre fallecido, aun cuando éste fuera su cónyuge[233]

[231] Véase también sobre el tema: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 455-472; León C., Augusto y Francisco López Herrera: *Las nuevas formas de originar la vida a la luz de la ética y del Código Civil de Venezuela (Consideraciones preliminares).* Caracas, Academia Nacional de Medicina y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Noviembre 1989; López Herrera, Francisco: *Consideraciones sobre las nuevas formas de originar la vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela.* En: *Estudios sobre Derecho de Familia.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, p. 117-148; López Herrera, Francisco: *Consideraciones preliminares sobre las nuevas formas de generar vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela.* En: *XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia, Barquisimeto 3 al 6 de enero de 1990*. Barquisimeto, Diarios de Tribunales, 1990, pp. 17-35

[232] Se alude también a hijo póstumo. Véase sobre tal aspecto: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos...,* pp. 115-124; Gómez Piedrahíta, *Ob. Cit.,* pp. 52 y 53, indica que si el padre lo ha reconocido previamente se fortalece la tesis de la voluntariedad.

[233] Véase ordenando la entrega del semen a la viuda y autorizando fertilización artificial con semen del difunto esposo: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 1456 del 27-7-06, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm. La Sala: "Declara PARCIALMENTE CON LUGAR la acción de amparo constitucional ejercida por..., contra.... En consecuencia, se ordena completar el CICLO DE FERTILIZACIÓN IN VITRO en la persona de..., a instancias de ella, con la muestra espermática del causante..., cumpliendo rigurosamente con todos los extremos exigidos para tal fin, incluyendo un estudio de cromosomas de la muestra espermática criopreservada, si así lo estima la actora, la cual será realizada por el Instituto de Medicina Experimental de la Universidad Central de Venezuela, por medio del Laboratorio de Genética Humana y Experimental, a las solas expensas de la ciudadana.... 3.- Aunque es competencia natural de los Tribunales de Primera Instancia de Familia o de Niños y Adolescentes, a quienes correspondería esta declaración, esta Sala por haberse subrogado en los Tribunales nombrados, debido al avocamiento, reconoce la filiación de hijo matrimonial de quien naciere de esta reproducción asistida, y ordena su inscripción en el Registro del Estado Civil, con tal condición. 4.- Se fija un lapso de cuatro meses para que la accionante decida si la fecundación *in vitro* se la practica el Grupo Médico de Fertilidad C.A. u otra institución médica a la cual trasladará la muestra de semen que deberá ser entregada por la parte accionada; o simplemente desista de practicarse dicha técnica de reproducción asistida, en cuyo caso deberá desecharse dicha muestra". Véase: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos...,* p. 122, agrega que el derecho de la destinataria se traduce en la posible reclamación de la destinataria del Centro que lo guarde, así como la obligación de éste de entregarlo.

(situación no prevista por la mayoría de las legislaciones)[234], y que ciertamente una vez realizada debe interpretarse a favor del hijo[235], que no debe permitirse *ab inicio* tal posibilidad[236] porque vulnera un derecho fundamental del niño, a saber, el derecho a tener un padre[237] y una madre, según indicamos[238]. Pues efectivamente, pretender sostener un derecho absoluto individual a la procreación de la mujer, inclusive por vía artificial, con prescindencia de la figura paterna, es poner por encima del interés del niño que precisa de un padre, la satisfacción individual de la madre. Como indicamos, tal derecho del menor es perfectamente predicable respecto de la adopción, colocación y pudiéramos agregar fertilización artificial de parejas homosexua-

---

[234] Véase: Bernard Mainar, *La regulación de la reproducción asistida...,* p. 272, comenta que legislaciones como la alemana y suiza la proscriben expresamente, en tanto que el resto de los países no se pronuncian al respecto; agrega que la legislación española la admite si tiene lugar dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento si lo ha consentido previamente en forma expresa por escritura pública o testamento: Véase: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos...,* p. 122, "No obstante, como ya hemos visto al estudiar los ordenamientos jurídicos, salvo el caso específico de España, el resto de las legislaciones niegan la posibilidad de realizar este tipo de inseminación y, por tanto, a raíz de tal prohibición se sigue la inexistencia de un derecho a la mujer para solicitar practicar la inseminación artificial *post mortem*".

[235] Esto es, de reconocer todos los derechos derivados de la paternidad al margen de la forma de generación de la vida.

[236] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 1456 del 27-7-06, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm. El voto salvado del magistrado Pedro Rondón Haaz indica: "...Esa manifestación de voluntad debe ser específica en cuanto a la fecundación *post mortem*, la cual no puede sencillamente deducirse de la manifestación que se hubiere hecho sin tal precisión, como lo demuestran las mismas citas que hace el fallo de situaciones en otros países y, además, parece evidente ¿Cómo saber si el dueño del semen quería tener un hijo para que lo criara, eventualmente, otro hombre?; ¿Cómo se sabe si "el sueño de ser padre" –a que se refiere la misiva del donante que se tomó como prueba del consentimiento– se limitaba a ver el nacimiento de su hijo o al menos a saberlo concebido? Si el hijo del fallecido nace después de un nuevo matrimonio de la madre, o la inseminación se practica, con consentimiento del nuevo cónyuge, después de ese segundo matrimonio, ¿de quién es el hijo?"; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 466 y 467, indica que la inseminación practicada con posterioridad al fallecimiento impide la aplicación de la presunción de paternidad por lo que deberá probarse judicialmente la condición de hijo del difunto.

[237] Pues en tal caso, no lo tiene, inclusive desde el momento de su concepción.

[238] Véase *supra* N° VI.1.

les[239]. Deben considerarse en la materia, al margen de su falta de consagración expresa, ciertos principios generales que orientarían una solución cónsona con el Derecho y la justicia[240].

En cuanto, a la posibilidad científica de la clonación o fotocopia genética[241], en virtud de la cual un ser puede reproducirse genéticamente, de tener excepcionalmente lugar un caso de tal naturaleza, no puede admitirse la filiación producto de una prueba de ADN, porque ella denotará como progenitores a los abuelos del clonado[242] que no participaron en forma alguna en tal generación, por lo que nos encontraríamos ante un supuesto excepcional donde ni siquiera la verdad biológica lograría solventar o mitigar una violación tan burda de los derechos personalísimos del ser humano. De allí que debe rechazarse la clonación como forma posible de generación de vida humana[243] por ser contraria a la dignidad innata del ser humano[244], propiciar la cosificación del ser humano, vulnerar el derecho a ser único e irrepetible que constituye la esencia de la

---

[239] Véase *supra* N° VI.1. Véase en este mismo sentido: Aguilar Gorrondona, Jorge, *Ob. Cit.,* pp. 44 y 45. "Por tanto, creemos que no se debe admitir la reproducción asistida en los casos en que el hijo que se va a crear no esté en las mejores condiciones. Así por ejemplo, en base a esas razones, sostenemos que no debe ser admitido este tipo de reproducción cuando quien pretende el auxilio de espermatozoides o de óvulos o embriones no es una pareja estable, sino una sola persona o un homosexual, porque la familia monoparental es contraria al interés del hijo, como el propio Maularie lo admite expresamente". Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Las uniones concubinarias...*, pp. 244 y 245, indicamos que por aplicación del artículo 77 de la Constitución, debe permitírsele el acceso a la fertilización artificial a las parejas de hombre y mujer que conformen una unión estable de hecho, así como respecto de la adopción (ésta última para la fecha no estaba consagrada expresamente en la LOPNA sino en el proyecto, la reciente Reforma de diciembre de 2007 o LOPNNA lo incluyó expresamente)

[240] Véase: Guerrero Quintero, *Genética y filiación...,* pp. 490 y 491, afirma que no cabe alegar en la materia de fertilización artificial la existencia de un "vacío legal" pues ello no equivale a vacío jurídico, ya que el artículo 4 del CC orienta en sentido de la interpretación o integración, y mientras la legislación específica llega hay principios grabados en la conciencia humana.

[241] Constituye una forma de reproducción asexual, que precisa sólo de un óvulo (a los fines de la gestación) al que se le retira el núcleo y se le incorpora una célula del ser a clonar. Véase: Hidalgo, Soraya Nadia: *Clonación, o reproducción en serie de seres humanos ¿una alternativa del siglo XXI? Estatuto Jurídico*. En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia,* Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León S.R.L., 1996, T. I, pp. 308-329.

[242] Véase: *supra* N° VI.1; Aguilar Gorrondona, Jorge, *Ob. Cit.,* p. 55.

[243] Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, pp. 116-123.

[244] Véase: López Herrera, *Consideraciones sobre...*, p. 121.

identidad, e impedirse al ser humano tener un padre una madre, entre otros[245]. La obvia gravedad que supone la clonación en el ámbito de los derechos personalísimos pareciera hacer ver como un tópico no tan álgido la problemática derivada de la fecundación asistida, producto de la unión sexual masculina y femenina.

Las técnicas artificiales de fecundación deben ser analizadas e interpretadas bajo la óptica de las reglas filiatorias indicadas, con inclusión de la Carta Fundamental, a fin de combinar los avances científicos, la verdad biológica o genética, con la paz familiar que precisa el estado filiatorio. Con ello, queremos significar que es perfectamente posible plantear judicialmente una acción de estado filiatorio que incluya la solicitud de desaplicación de una normal legal en función de principios de orden superior por vía del control difuso de la constitucionalidad[246]. En todo caso –insistimos– cualquier solución supone combinar las reglas filiatorias con el principio del interés superior del menor, bajo el estricto análisis del caso concreto. El rígido apego a normas arcaicas interpretadas aisladamente de la Carta Fundamental pueden propiciar situaciones injustas e inconvenientes en una materia tan delicada e importante como lo es el estado filiatorio.

4. PRUEBA DE LA FILIACIÓN

La prueba por excelencia del correspondiente estado filiatorio o de hijo es la correspondiente acta o partida de nacimiento[247], porque en ella consta o debería constar la respectiva filiación paterna y materna, aun cuando sea incorporada posteriormente por vía de nota marginal. Toda

---

[245] Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 120 y 121, "Ciertamente el asunto trasciende el ámbito jurídico, pero la idea de dignidad y libertad que debe necesariamente acompañar la noción de persona natural nos hace rechazar la clonación en seres humanos. No vale en este sentido, argumentar que la clonación no está expresamente prohibida por la ley, porque su rechazo tiene lugar precisamente en función del respeto de los derechos de la persona, además del derecho en estudio. La posibilidad de que el hombre pueda repetirse genéticamente por su sola voluntad además de una afectación del derecho a la identidad, nos coloca nuevamente ante la vulneración de los derechos de terceros ¿Tiene un ser humano el poder de decidir duplicarse y quitarle a su clón el derecho de tener un padre y una madre? ¿Tiene el hombre un derecho ilimitado a explotar y explorar la ciencia a costa de otro ser humano?"

[246] Véase artículo 20 del CPC y 334, 1° aparte de la Constitución.

[247] Véase: Domínguez Guillén, *El Estado Civil...,* p. 398,

vez que las actualizaciones o modificaciones del estado filiatorio deben constar en la partida por excelencia[248].

De tal suerte que, el estado civil se prueba con la respectiva partida, y el estado filiatorio de hijo, se acredita a través de la correspondiente acta de nacimiento o, en defecto de ésta, mediante la respectiva sentencia supletoria[249]. No es procedente la prueba de la maternidad o la paternidad por la indicación del nombre de los progenitores contentivos incidentalmente en el acta de matrimonio o de defunción, porque dicha mención servirá como indicio en un juicio de inserción de partidas, pero no suple *per se* la partida de nacimiento[250]. Así por ejemplo, en la respectiva partida de nacimiento del hijo en la filiación matrimonial, debe indicarse la mención del nombre y datos del progenitor, aun cuando éste no realice la presentación personalmente, por cuanto ello tiene lugar por aplicación de la citada presunción de paternidad matrimonial.

A falta de la prueba por excelencia que es la partida, es que se acuden a las pruebas supletorias, donde juega un importante papel la posesión de estado tanto respecto de la filiación matrimonial (a través del juicio e inserción de partidas) o extramatrimonial (mediante la acción de inquisición de la paternidad o la maternidad o reconocimiento forzoso).

En efecto, la condición de hijo extramatrimonial precisa del acto del "reconocimiento", el cual si es voluntario, podrá constar en la respectiva acta de nacimiento desde el momento de la presentación al fun-

---

[248] Véase: Ávila Rodríguez, Vinicio: *Comentarios a la organización del registro del estado civil en la actualidad.* En: *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Vol. I, p. 219, indica acertadamente que tal partida debería contener por vía de nota marginal los cambios fundamentales del estado civil de la persona.

[249] Esto es, la sentencia producto de un juicio de inserción de partida que se hace valer en aquellos supuestos del artículo 458 CC o cuando no existe partida. La sentencia obtenida "suple" o hace las veces de partida.

[250] Domínguez Guillén, *El Estado Civil...*, pp. 400 y 401, cada hecho o acto del estado civil se prueba con el acta correspondiente, y así aunque parezca obvio, la filiación se prueba con la partida de nacimiento y el matrimonio con la partida correspondiente. No se puede pretender, por ejemplo, probar la filiación a través de la partida de matrimonio en virtud de que la ley exige la mención de los padres de los contrayentes o a través de la partida de defunción del progenitor porque ésta hace referencia a los hijos; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 2-3-06, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/390-2-16.507-.html

cionario de Registro. El reconocimiento paterno podría tener lugar posteriormente al levantamiento inicial de la partida de conformidad con el citado procedimiento de la LPFMP[251], en general, con posterioridad a través de instrumento auténtico de los indicados en los artículos 217 y 218 del CC, pero el mismo deberá reseñarse en la partida por vía de nota marginal, a los fines de actualizar el estado filiatorio. El artículo 472 del CC dispone expresamente la necesidad de incorporar a través de nota marginal el reconocimiento del hijo hecho con posterioridad a la partida[252].

La necesidad de la actualización de la filiación por vía de nota marginal igualmente tiene lugar en caso de "reconocimiento forzoso o judicial", una vez que quede definitivamente firme la sentencia que declara con lugar la acción de inquisición de la paternidad o maternidad[253]. Vale aclarar que las variaciones o actualizaciones del estado filiatorio producto de las respectivas acciones judiciales (como la acción de desconocimiento o de impugnación), simplemente deben propiciar la respectiva nota marginal en la partida de nacimiento inicial –a los fines de actualizar o modificar el estado filiatorio– y no una pretendida "nulidad" de la partida[254], que no está expresamente prevista por la ley y que la doctri-

[251] Véase *supra* N° VI.2.2.1.
[252] Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta Sala de Juicio Única - Juez Unipersonal Nº 2, La Asunción, Sent. 13-7-04, J2-4.260-03, En http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/280-13-J2-4.260-03-.html. "Vista la diligencia ... mediante la cual expresa el RECONOCIMIENTO ... acuerda oficiar al Prefecto del Municipio Autónomo Arismendi y al Registro Principal del Estado Nueva Esparta, a los fines de que estampe la nota de RECONOCIMIENTO en la Partida de Nacimiento"; Sala de Juicio Nº 2, del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, en Barcelona, Sent. 15-9-04, Exp. BP02-O-2004-000193. En: http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/1092-15-BP02-O-2004-000193-.html: "a) La supresión de la nota marginal en la partida de nacimiento del niño, donde se le reconoce como hijo de..., por parte de éste, pasando a ser llamado, tiene su procedimiento especial que es "Impugnación de Paternidad", y en todo caso la declaratoria unilateral de reconocimiento paterno de filiación se encuentra contenida en el artículo 472 del Código Civil, el cual contempla el reconocimiento hecho posteriormente al registro de la partida de nacimiento de hijos ya nacidos.
[253] Véase artículo 506 CC.
[254] Véase impropiamente declarando con lugar impugnación de paternidad y maternidad, y declarando "nula y sin ningún valor" la partida inicial: Sala de Juicio N° 01 de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent 16-5-05, Exp. N° 10.917, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/443-16-10.917-.html

na en todo caso ha reducido al incumplimiento de alguna formalidad esencial al momento de levantar la partida, como la falta de firmas, testigos, etc.[255]. Adicionalmente las sentencias relativas al estado y filiación se insertarán en los libros correspondientes del Estado Civil de conformidad con el artículo 506 del CC a los fines de surtir los efectos previstos en el artículo 507 *eiusdem*[256].

Sin embargo, es de acotar que existirán casos donde si bien la correspondiente filiación excepcionalmente todavía no conste en el acta de nacimiento respectiva, ello no es óbice para probar la misma mediante el correspondiente instrumento o a través de la presunción de paternidad matrimonial, mientras se espera por la correspondiente nota marginal. Así por ejemplo, el reconocimiento filiatorio expresado en cualquier instrumento al efecto, constituirá la prueba del estado de hijo, aun cuando el mismo deba ser incorporado a posteriori por vía de nota marginal a la partida de nacimiento original a tenor del artículo 472 del CC. Así mismo la partida de nacimiento del hijo matrimonial cuya mención del nombre o datos del padre fue omitida será susceptible de ser corregida por vía de rectificación de partidas, por tener lugar una "omisión"; sin embargo, la citada presunción de paternidad surtirá efecto por imperativo de ley probados los extremos de la misma[257], al margen de la rectificación.

De conformidad con el citado artículo 197 del CC la prueba por excelencia de la maternidad es la correspondiente partida de nacimiento. Ello queda confirmado cuando el artículo 198 del CC indica que "en defecto de la partida de nacimiento, son también pruebas de la filiación

[255] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* pp. 137-139.
[256] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 598 del 28-11-00 "el caso que nos ocupa la decisión del Juzgado ...no adquirió cosa juzgada en principio no es una sentencia, sino una decisión declarativa dada que haya mediado juicio alguno entre las partes. Tal decisión del tribunal fue dictada en forma expresa 'salvo los derechos de terceros', la decisión regula una materia que puede ser objeto de juicio, como en efecto ha sucedido en el presente caso. No reúne pues la decisión del Juzgado que ordenó estampar la nota marginal el carácter de sentencia con fuerza de cosa juzgada, menos aún, cuando en esa actuación el Tribunal no cumplió con ninguno de los requisitos de publicidad que requieren las decisiones que se dictan en materia de estado civil personas, conforme al artículo 507 del Código Civil, es por tanto forzoso concluir improcedente la alegada cosa juzgada".
[257] Esto es el nacimiento del hijo dentro del matrimonio de los progenitores. Véase *supra* N° VI.2.1. Véase: Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 188, no se anula la partida por contener falsedades que pueden corregirse judicialmente.

materna...” y se alude al reconocimiento (que debe entenderse posterior a la partida) y a la posesión de estado, pero esta última debe ser acreditada –como señalamos– judicialmente. La paternidad vendrá dada de derecho por la presunción de paternidad en el caso de la filiación matrimonial o por el reconocimiento (voluntario o forzoso) si se trata de filiación extramatrimonial.

De allí que la partida de nacimiento constituya la prueba preconstituida primaria del correspondiente estado filiatorio tanto de la maternidad como de la paternidad[258]. La declaración de los progenitores en su condición de declarantes, se tendrá como cierta hasta prueba en contrario, de conformidad con el artículo 457 del CC. Precisamente en razón de que en función de esta última norma y del artículo 1.359 *eiusdem* al funcionario de Registro no le consta el hecho del “nacimiento”, la ley exige la presentación de la correspondiente “*constancia*” de nacimiento vivo expedida por el establecimiento médico público o privado, con inclusión de las impresiones dactilares del niño y de la madre[259].

5. DERECHOS DERIVADOS DE LA FILIACIÓN

La filiación para surtir efectos debe ser legalmente establecida, pero precisamente los efectos derivados de la misma[260] vienen dados por un

[258] Véase al respecto: Ramos Sojo, *Situaciones de Hecho...*, p. 377; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 342; Torres-Rivero, *Ob. Cit.,* 1970, pp. 335-337; Domínici, *Ob. Cit.,* p. 299; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 200; García de Astorga, Amarilis: *Principales innovaciones que introduce la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982.* En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal Nº 145*, Caracas, julio-septiembre 1982, Nueva Etapa, p. 65; Sanojo, *Ob. Cit.,* p. 211.
[259] Véase: Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, art. 17, parr. primero (G.O. 5859 del 10-12-07); Reglamento que regula la inscripción en el Registro del Estado Civil de Nacimiento, artículos 1 al 4 (Decreto N° 2.819 del 30 de septiembre de 1998, *Gaceta Oficial* N° 36.553 del 5 de octubre de 1998); Las Directrices para “Identificación Inmediata de Niños y Niñas cuyos nacimientos hayan ocurrido en la Instituciones, Centros y Servicios de Salud del País”, artículos 1 al 5, y las Directrices que contiene el “Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela”, artículo I.4.1 (ambos de *Gaceta Oficial* N° 37.771 del 9 de septiembre de 2003). Tales instrumentos precisan además de los correspondientes datos, de las impresiones dactilares de la madre, así como de las impresiones podográficas y dactilares del niño o niña. Dicha exigencia resulta esencial a los fines de una efectiva identificación.
[260] Véase: Rodríguez, *Comentarios sobre...,* pp. 393-396, coloca entre los efectos de la filiación legalmente establecida la vocación sucesoral entre padres e hijos y viceversa, la patria potestad, la obligación alimentaria y el apellido.

conjunto de deberes y derechos, que forman parte del contenido[261] del estado filiatorio. Esos derechos y deberes pueden ser de contenido patrimonial o extramatrimonial[262].

En algunos, casos no se trata propiamente de derechos, sino más bien de facultades o potestades, pues se ejercen en interés de otro[263]. Así por ejemplo, respecto del progenitor, la "paternidad" marca la titularidad y ejercicio de la patria potestad, ya se trata de filiación matrimonial[264] o de filiación extramatrimonial[265], que incluye los atributos de "responsabilidad de crianza"[266], representación y administración. El progenitor que no ejerce "la custodia" del hijo mantiene el derecho a relacionarse con éste mediante la "convivencia familiar"[267] o antiguo "derecho de visitas". Así mismo, los progenitores mediante la "delación paterna" tienen la posibilidad de designar tutor a su hijo para el caso de que no sea posible la patria potestad potestad[268], así como pueden designar un tercero apto a los fines de su "colocación"[269].

Los padres igualmente podrían tener derechos sucesorales[270] y de alimentos[271], respecto de los hijos, inclusive en el caso de minoridad de

---

[261] Véase: Domínguez Guillén, *El estado civil...*, pp. 383 y 384, el contenido del estado civil viene dado por un conjunto de deberes, derechos y facultades que conforman dicho estado. Aunque algunos prefieren con relación a los progenitores referirse a facultades en lugar de derechos, pero lo cierto es que el estado filiatorio determina una cantidad de relaciones que obviamente tienen lugar en función de la especial relación de parentesco.
[262] Véase: Delgado Carruyo, Marina: *Deberes extramatrimoniales de los progenitores*. En: *LEX Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia N° 193*, enero-marzo, 1989, pp. 47-58.
[263] Véase *supra* N° I.4.
[264] Véase LOPNNA, artículo 349.
[265] Véase: LOPNNA, artículo 350.
[266] La cual es compartida según la LOPNNA (artículo 358) y lo que podrá ser asignado a uno de los progenitores es la "custodia" (artículo 360). Dentro de las funciones de la responsabilidad de crianza los progenitores desempeñan la educación (moral, religiosa, cívica, física, profesional, etc.), convivencia y supervisión del menor.
[267] Véase artículos 385 y ss. LOPNNA
[268] Véase artículo 306 CC: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La delación en los regímenes de incapaces. Studia Iuris Civiles. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster.* Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 182-185.
[269] Véase artículo 400 LOPNNA
[270] Véase artículo 825 CC.
[271] Véase artículo 284 CC.

éstos, pues de darse los presupuestos correspondientes[272], tales derechos son recíprocos y perpetuos.

Por su parte, como contrapartida, los hijos tienen el derecho a ser cuidados por sus progenitores, consagrado en el artículo 76 de la Carta Magna y conocer su filiación según el artículo 56 *eiusdem*, y que se haga efectivo a través del respectivo régimen de protección y la correspondiente normativa que lo acompaña,[273] especialmente a través de la LOPNNA.

El hijo llevará el apellido de sus progenitores, de conformidad con las reglas del artículo 235 al 239 del CC[274]. En principio, el primer apellido del padre, seguido del primer apellido de la madre, conforman en ese orden los apellidos de los hijos; ello se aplica a la filiación matrimonial y extramatrimonial establecida en forma simultánea o inmediatamente sucesiva[275]. Si el establecimiento de la filiación tiene lugar respecto de uno sólo de lo progenitores, el hijo tiene derecho a usar los apellidos del progenitor, o de repetirlo si tiene uno sólo[276]. En materia de adopción, existen normas equivalentes[277]. Si la filiación no está establecida respecto de ningún progenitor el funcionario colocará dos apellidos[278]. En caso de establecimiento posterior de la filiación el hijo tiene el "*derecho*" –mas no el deber– de modificar o adaptar sus apellidos a su nuevo estatus. De lo que se deriva que bien puede mantener sus apellidos originales sin que ello afecte en modo alguno los derechos derivados de la filiación. Si decide cambiarlo, debe notificarlo al Servicio Nacional de Identificación[279].

Pero entre los derechos patrimoniales de mayor interés para el hijo producto de su estado filiatorio se destacan fundamentalmente los de con-

[272] Como es el caso de la procedencia del orden de suceder porque no existieran "descendientes", así como los presupuestos de la obligación de alimentos (vínculo, estado de necesidad del requirente y capacidad económica del obligado).
[273] Esto es la patria potestad que incluye responsabilidad de crianza, convivencia familiar, etc.
[274] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 473-483.
[275] Véase artículos 235 y 236 CC. Véase: *Ibíd*., pp. 473-477.
[276] Véase artículo 238 CC: *Ibíd*., pp. 477 y 478.
[277] Véase *infra* N° VI.6.
[278] Véase artículo 239 CC: *Ibíd*., pp. 478-481.
[279] *Ibíd*., pp. 481-483.

tenido sucesoral[280] y la obligación de alimentos[281] o de "manutención"[282] que puede tener lugar inclusive en caso de mayoridad[283]. La Constitución en su artículo 76 contiene una referencia expresa a la obligación alimentaria como derecho-deber recíproco entre padres e hijos cuya efectividad será garantizada por ley.

Se ha reseñado que la obligación de asistencia entre padres e hijos no debe reducirse a lo material o económico, y de allí que se alude a una suerte de "asistencia moral" que vendría dada por la observancia de la obligación mutua entre padres e hijos, consagrada por la ley de prestarse la colaboración necesaria para contribuir al enriquecimiento y fortaleza de sus vidas internas, manifestada a través del socorro, ayuda y cuidado adecuado[284].

Lo anterior adicionalmente al deber de respeto que naturalmente reclama por esencia la relación paterno-filial y al que se refería expresamente el derogado[285] artículo 261 del CC: "*Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a su padre y su madre...*".

Finalmente, cabe indicar que dentro del estudio del derecho a la identidad, se indica el derecho de toda persona a conocer la identidad genética de sus progenitores, pues constituye una sana y natural curiosidad del ser humano conocer su origen, esto es, saber quiénes son sus padres biológicos o genéticos, al margen de que no se deriven consecuencias jurídicas. Significa que inclusive en casos donde ha perdido efecto jurídico formal el vínculo filiatorio biológico, como es el caso de la adopción, de la fertilización artificial, o de la consolidación de la filiación legal (que no coincide con la biológica) el hijo tiene derecho a acceder a la identidad de sus progenitores, insistimos aun cuando sea sólo para conocer su origen[286]. Ello encuentra apoyo igualmente en el citado ar-

[280] Véase entre otros artículos 822, 826, 827, 883 CC.
[281] Véase: Juzgado del Municipio Córdoba de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 22-11-07, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/1353-22-667-11.html
[282] Terminología que incorpora la reforma de la LOPNNA, véase artículos 365 y ss.
[283] Véase 282 CC y 383, letra b LOPNNA.
[284] Botero Álvarez, Edith: *La asistencia de la relación filial*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1986, p. 128.
[285] Por la LOPNNA.
[286] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 123-126.

tículo 56 de la Carta Magna[287]. De allí que aun cuando se hable de "donantes anónimos", a los fines de la fertilización artificial o asistida, los respectivos centros médicos, necesariamente han de llevar un registro sobre la respectiva identidad de cada donante, a los fines de hacer efectivo el derecho del hijo si éste quiere acceder a esa información, e inclusive a los fines de impedimentos matrimoniales o genéticos.

Podríamos referirnos a otras importantes relaciones que tienen lugar entre padres e hijos, siendo sin lugar a dudas el "amor" el sentimiento primario y natural que debe inspirar la filiación paterno-filial, pero ello escaparía al ámbito que nos ocupa, pues a pesar de la expresa referencia de la LOPNNA en su artículo 358, el "amor" no constituye *per se* una relación jurídica[288]. En el mismo sentido se aprecia el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño al señalar: "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita *amor* y comprensión..."[289]. Sin embargo, sin lugar a dudas el amor implícito en la situación jurídica que tiene lugar entre padres e hijos, es lo que ciertamente permitirá un desarrollo pleno y sano de la personalidad del adulto. De tal suerte, que sin lugar a dudas, somos producto del ejercicio de la maternidad y la paternidad de nuestros progenitores[290].

---

[287] Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Los Teques Sala de Juicio Juez Nº 01, Sent. 18-1-07, Exp. 10957-05, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/97-18-10957-05-.html. "La precitada norma jurídica constitucional reconoce el derecho a la identidad biológica de toda persona, estableciendo el Constituyente de 1999, como consecuencia de la consagración expresa del derecho a la identidad biológica, como enseña el autor Ricardo Combellas en su libro "Derecho Constitucional" (McGraw Hill, p. 81) la investigación de la maternidad y paternidad que debe garantizar el Estado, de manera tal de otorgar efectivamente al derecho de la persona de conocer su origen biológico, la identidad de las personas de quienes descienden, lo que permitirá la preservación, a su vez, del derecho a la identificación".

[288] Es decir, estará necesariamente en la esencia de las relaciones filiatorias y de muchas otras tantas relaciones jurídicas como el matrimonio o el concubinato, pero se trata de un sentimiento que escapa en principio al estudioso del Derecho.

[289] Destacado nuestro.

[290] Véase Domínguez Guillén, *Ensayos...,* p. 179: "Somos producto de la educación que recibimos: sólo un medio social y familiar de armonía puede ser capaz de crear padres que puedan transmitir a sus hijos una educación que los convierta en personas plenas y felices". Véase también: Sentencia Nº T-179/93, Corte Constitucional de Colombia http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/T-179-93.htm. "El cuidado, sostenimiento, educación y cariño que reciba de sus padres se reflejará en un niño sano y en un adulto capaz de desarrollar plenamente su libre personalidad".

6. LA FILIACIÓN ADOPTIVA[291]

Nos referimos a la paternidad y a la maternidad y en algunos temas atrás al parentesco, el cual según indicamos se denomina "consanguinidad" si media un vínculo de sangre. Sin embargo, señalamos que se califica la "consanguinidad legal" la resultante de la "adopción", pues ésta también origina el estado filiatorio. Esto para denotar que el parentesco inmediato que da lugar a la filiación, ya sea materna o paterna, también puede existir en virtud de la figura de la adopción, por la cual se viene a producir legalmente un vínculo exactamente idéntico al que propicia la maternidad o paternidad biológica o producto de la sangre. Y de allí que se aluda a "filiación adoptiva"[292]. Y acota López del Carril que en la filiación adoptiva no existe realidad biológica pero hay creatividad jurídica[293]. Sin embargo, fuera del estudio teórico de la institución, precisa el Máximo Tribunal que debe prescindirse de la mención "*hijo adoptivo*" porque ésta califica la filiación y ello lo prohíbe expresamente el artículo 56 de la Carta Magna[294].

---

[291] Véase: Barrios, Haydée: *La adopción en el derecho interno y en el derecho internacional privado venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998, pp. 1-161; Grisanti de Luigi, Isabel: *La adopción*. En: *XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia,* Barquisimeto 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diarios de Tribunales, 1990, pp. 187-216; Benavides de Castañeda, Luisa: *La adopción aspectos normativos y tendencias recientes*. En: *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo N° 28.* Valencia, Facultad de Derecho, 2005, pp. 121-156; D'Jesús Maldonado, Antonio: *Comentarios al sistema adopcional venezolano*. En: *Anuario de Derecho de la Universidad de los Andes N° 21.* Facultad de Derecho, Mérida, 1999, pp. 15-42; González, Oli: *La adopción y sus efectos.* En: *Anuario de Derecho de la Universidad de los Andes N° 22,* Mérida, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2000, pp. 55-76; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 473-550; Plotnik, Kenneth Lawrence: *Perspectiva teológica sobre adopción*. En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia,* Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 45-55.

[292] Véase utilizando tal denominación: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 473.

[293] López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 13.

[294] Véase: TSJ/SConst, Sent. N° 1376 del 28-06-05, se declara PARCIALMENTE CON LUGAR la impugnación de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 36.845 del 7 de diciembre de 1999. "En consecuencia: PRIMERO: se ANULA la mención "o el hijo adoptivo" contenida en la letra b) del artículo 34... CUARTO: Se ORDENA hacer mención destacada de este fallo en la página principal del sitio de Internet de este Alto Tribunal con la siguiente indicación: "Sentencia que anula la letra b del artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios. Se prohíbe la mención al hijo adoptivo a los efectos de la solicitud de desocupación de inmuebles".

Comenta Parra Benítez al referirse a las fuentes del Derecho de Familia que la adopción es un tipo de filiación[295]. En este sentido consagra el artículo 75 de la Constitución:

> ...la adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado a la adoptada de conformidad con la ley. La adopción internacional[296] es subsidiaria de la nacional.

En el mismo sentido, respecto al carácter subsidiario de la adopción internacional se pronuncia el artículo 407 de la LOPNNA. La adopción es un vínculo legal asimilable al estado filiatorio (idéntico al biológico en sus efectos) que tiene lugar en virtud de una decisión judicial, previo cumplimiento de los requisitos legales[297]. El artículo 406 de la LOPNNA señala que

> La adopción es una institución de protección que tiene por objeto proveer al niño, niña o adolescente, apto para ser adoptado o adoptada, de una familia sustituta, permanente y adecuada.

---

[295] Parra Benítez, *Ob. Cit.,* p. 176.

[296] Sobre la adopción internacional, véase: Barrios, *La adopción...,* pp. 163-288; González Dubón, José Luis: *La adopción internacional.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia.* Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León S.R.L., 1996, T. I, pp. 91-114; Parra-Aranguren, Gonzalo: *La Convención de La Haya de 1993 sobre la Protección del Niño y la cooperación en materia de adopción internacional.* En: *Adopción Internacional.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998, pp. 61-77; Guerra, Víctor Hugo: *Fuentes internacionales vigentes en el sistema venezolano en materia de adopción internacional.* En: *Adopción Internacional, Ob. Cit.,* pp. 115-144; Romero, Fabiola: *Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores*. En: *Adopción Internacional, Ob. Cit.,* pp. 79-114; Guerra Hernández, Víctor Hugo: *La adopción internacional en Venezuela*. En: *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona.* Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, T. I, pp. 541-578; Barrios, Haydée: *La adopción internacional como institución de protección de niños y adolescentes en el Derecho Venezolano*. En: *Temas de Derecho Internacional Privado.* Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Colección Libros Homenaje N° 12, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 55-103; Hernández-Bretón, Eugenio*: La función de la Constitución de 1999 en la determinación y aplicación del Derecho que regula la adopción internacional.* En: *Temas de Derecho Internacional Privado.* Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Colección Libros Homenaje N° 12, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 347-359; Basz, Victoria: *Adopción internacional*. En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, pp. 303-311.

[297] Véase: Rodríguez, *Comentarios sobre...,* p. 65, "la adopción es la institución del Derecho de Familia en la cual se procura, por medio de una ficción legal, reproducir el vínculo natural padre-madre/hijo, con el propósito de estructurar un núcleo familiar completo".

La adopción se ubica en la LOPNNA de conformidad con el art. 394, conjuntamente con la colocación y la tutela, dentro de la noción de "familia sustituta", aquella que a decir la norma "no siendo familia de origen acoge por decisión judicial, a un niño, niña o adolescente privado permanente o temporalmente de su medio familiar...". Se trata de una institución de protección en beneficio e interés del niño o adolescente[298]. "Nuestra legislación consagra a la adopción como una institución de protección para aquellos niños, niñas y/o adolescentes aptos para ser adoptados, proveerlos de una familia sustituta y permanente. Indica la jurisprudencia que la adopción conlleva una ruptura de la filiación de origen del adoptado con relación a sus padres y familia biológica, así como los efectos jurídicos, salvo los impedimentos matrimoniales, adquiriendo nuevos lazos con los padres adoptivos y la familia consanguínea de éstos, ya que adquiere los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico. La finalidad de la adopción es lograr una familia adecuada para el niño adoptado, tomando en consideración sus rasgos psicológicos y sus necesidades, haciendo nacer entre ellos una ficción con efectos jurídicos exactos a la filiación de origen, y con base a que todo niño tiene derecho a ser criado en familia, a tener padres, a disfrutar de los cuidados, protección y afecto que éstos sólo saben brindar a sus hijos, saber que como seres humanos le pertenecen a alguien, y que no son responsables del abandono, cualquiera que sea el motivo, de sus padres biológicos, y es por ello que deben tener una oportunidad de tener una familia[299].

"La adopción debe estar orientada hacia la garantía del interés superior del niño, niña o adolescente a adoptar y en el respeto de sus derechos fundamentales, considerando prioritariamente sus necesidades individuales. Es el inicio de un nuevo proyecto de vida y un cambio trascendental para los seres humanos involucrados en ella. Se trata de

[298] Véase: Sala de Juicio N° 1 del Tribunal de Protección al Niño y al Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, 4-5-05, Exp. N° C.3710-04, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/817-4-C-3710-04-.html. "La adopción pretendida va en exclusivo beneficio de la adolescente, por ser ventajosa la vinculación jurídica que se pretende y estar en convivencia de la misma, por cuanto con ella no se expone su desarrollo físico, moral e intelectual, sino por el contrario se lo garantiza".

[299] Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 17-3-08, Exp. Nº 15672, http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/marzo/1701-17-15672-.html.

conciliar las necesidades del niño o adolescente con los deseos de los adoptantes idóneos”[300].

Desaparecida con la LOPNA de 1998, la distinción entre adopción simple y adopción plena, y ratificada por la LOPNNA en su artículo 411 que dispone que “*toda adopción debe ser plena*”, la adopción que actualmente rige en nuestro ordenamiento tiene el efecto de extinguir el parentesco biológico con su familia de origen, salvo el caso de la adopción del hijo del cónyuge (art. 427 LOPNNA). De allí que se indique que entre el vínculo que genera la adopción es idéntico a la filiación, en cuanto a la plenitud de sus efectos. Los nexos del adoptado con su familia de origen sólo subsisten como es natural en atención a las limitaciones biológicas, y se traducen en impedimentos matrimoniales (art. 428 LOPNNA).

La *capacidad* para adoptar se tiene a los veinticinco (25) años, y no con la simple mayoridad de 18 años. La adopción constituye así una de las “excepciones establecidas por leyes especiales” a la capacidad de obrar plena a la que se refiere el artículo 18 del CC. Tal exigencia es natural, pues la filiación adoptiva, amén de distinguirse en su origen de la filiación biológica o legal, constituye un acto de vital trascendencia que supone madurez personal y económica de los adoptantes.

Por su parte, el *adoptado* precisa en principio ser *menor de edad*, es decir, tener menos de dieciocho (18) años, salvo el caso excepcional de que la persona estuviere integrada al hogar (de hecho o de derecho) y de la adopción del hijo del cónyuge[301]. En estos dos últimos supuestos, el adoptado puede ser mayor de edad, según prevé el art. 410 de la LOPNNA.

---

[300] Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente. http://www.cndna.gov.ve/Adopciones/RequisitosAdopcionInternacional.htm.

[301] La adopción del hijo del cónyuge podría tener lugar respecto de un solo hijo o hija si existen varios, pero el Juez considerará la conveniencia de la misma con base a un informe del equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección (art. 412 LOPNNA). Sobre la adopción del hijo del cónyuge, véase: Alid Zoppi, Pedro: *Adopción por el padrastro o la madrastra.* En: A*ctualidad Jurídica N° 2*, Caracas, marzo-abril 1989, pp. 20-22. Véase: Morales, *Ob. Cit.,* p. 816, indica que en tal caso no hay extinción de la patria potestad sino que una vez decretada la adopción, la patria potestad la ejercerán conjuntamente el progenitor que consiente y su cónyuge-adoptante sobrevenido.

La diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado debe ser en principio de al menos de dieciocho (18) años, salvo en el caso de la adopción del hijo del cónyuge que podría ser de diez (10), y eventualmente podría acontecer una diferencia menor si el Juez lo considera justificado (art. 410 LOPNNA).

La adopción puede ser *individual* o *conjunta*, si el adoptante es una persona o una pareja, respectivamente. Si se trata de pareja, deberá estar conformada por "hombre y una mujer"[302] (por lo que se excluyen uniones homosexuales[303]), bien sea unidos en matrimonio o mantengan una unión estable de hecho. Esta última posibilidad, relativa a las uniones de hecho estables, fue incorporada expresamente en la Reforma de 2007, pero señalamos con anterioridad que[304] debería ser uno de los efectos equiparables del concubinato con el matrimonio por efecto del artículo 77 de la Carta Magna[305]. El tutor o tutora puede adoptar a su ex pupilo, una vez aprobada las cuentas de la tutela (art. 413 LOPNNA).

[302] Expresión igualmente utilizada en materia de colocación (art. 399 LOPNNA).
[303] Véase *infra* XII.4.
[304] Conjuntamente con la posibilidad de fertilización artificial.
[305] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, pp. 243 y 244 (Véase *infra* N° XI).

La adopción precisa del *consentimiento*[306] "informado"[307] y de las *opiniones*[308] de diversas personas, salvo en caso de imposibilidad[309], los cuales han de ser *puros y simples*[310], esto es, no sometido a condición alguna, y enteramente *gratuitos*[311].

Así mismo, se dispone: de la necesidad de elaboración de un *informe* de los datos y necesidades del candidato a adopción (art. 420 LOPNNA),

---

306 Véase art. 414 LOPNNA: "Para la adopción se requiere los consentimientos siguientes:
a) De la persona a ser adoptada si tiene doce años o más.
b) De quienes ejerzan la patria potestad y, en caso de ser ejercida, por quien no hubiese alcanzado aún la mayoridad, debe estar asistido por su representante legal o, en su defecto, estar autorizado por el juez o jueza; la madre sólo puede consentir válidamente después de nacido el niño o niña.
c) Del representante legal, en defecto de padres o madres que ejerzan la patria potestad.
d) Del o de la cónyuge de la persona a ser adoptada, si éste es casado, a menos que exista separación legal entre ambos.
e) Del o de la cónyuge del posible adoptante, si la adopción se solicita de manera individual, a menos que exista separación legal entre ambos".

307 Nos referimos a consentimiento "informado" en el sentido de preciar previamente el "asesoramiento" previsto en la ley, relativo a informar y asesorar a los sujetos involucrados de los importantes y definitivos efectos jurídicos de la adopción, para que ella tenga lugar con pleno conocimiento de las circunstancias. Véase art. 418 LOPNNA: "Las personas cuyo consentimiento es necesario para decretar la adopción deben ser asesoradas e informadas acerca de los efectos de la adopción, por la oficina de adopciones respectiva o por el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, antes de que otorguen dicho consentimiento. El cumplimiento de este requisito debe hacerse constar en el acta del respectivo consentimiento".

308 Véase art. 415 LOPNNA: "Para la adopción debe recabarse las opiniones siguientes:
a) De la persona a ser adoptada si tiene menos de doce años.
b) Del o de la fiscal del ministerio público.
c) De los hijos o hijas del solicitante de la adopción.
Si el juez o jueza lo creyere conveniente podrá solicitar la opinión de cualquier otro pariente de la persona a ser adoptada o de un tercero que tenga interés en la adopción".

309 Véase art. 417 LOPNNA: "Los consentimientos y opiniones previstos en los artículos anteriores no se los exigirá cuando las personas que deben darlos se encuentren en imposibilidad permanente de otorgarlos o se desconozca su residencia."

310 Véase art. 416 LOPNNA: "Los consentimientos y opiniones previstos en los artículos anteriores deben ser puros y simples. El consentimiento previsto en el literal b) del artículo 414 de esta Ley, se otorgará ante la correspondiente oficina de adopciones, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 493-C de esta Ley.
En caso que las personas a que alude el literal c) del artículo 415, no se encuentren residenciadas en el territorio nacional, pueden manifestar su opinión mediante documento suscrito ante la respectiva oficina consular, acreditada en el país donde residan estas personas".

311 Véase: "Los consentimientos que se requieren para la adopción no pueden ser obtenidos, en ningún caso, mediante pago o compensación económica o de cualquier otra clase.
Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos como consecuencia de una intervención directa o indirecta en una adopción".

de la acreditación de la correspondiente *aptitud* para adoptar de los solicitantes (art. 421 LOPNNA) y del sometimiento a un *período supervisado de prueba* (art. 422 LOPNNA) el cual es *prorrogable* (423 LOPNNA) durante el cual se concede la colocación familiar[312] (art. 424 LOPNNA).

Finalmente, el art. 429 LOPNNA prevé el carácter *confidencial* de la adopción, pero a fin de garantizar el natural derecho de toda persona a conocer a la identidad de sus progenitores (origen biológico o genético) (art. 56 de la Constitución) se prevé la posibilidad de acceso directo a la información del adoptado –que antes se refería genéricamente[313]– desde los doce (12 años) o de su representante. Antes de tal edad, es decir, si no se trata de un adolescente, sino de un niño, dicho acceso tiene lugar a través del representante legal. La Reforma incluye en ambos casos la necesidad de ser previamente asesorados por el respectivo equipo multidisciplinario; significa que una vez que se adquiere la mayoridad, el acceso del adoptado al expediente no precisa –como es lógico– de formalidad alguna. Se consagra adicionalmente el libre acceso del Ministerio Público al expediente.

La modificación del nombre de pila del adoptado precisa de solicitud oportuna en el curso del procedimiento y de la respectiva autorización del Juez (art. 501 LOPNNA)[314] previa opinión del niño o adolescente (arts. 500 y 80, parr. 1° LOPNNA). En cuanto a los apellidos, siguiéndose el mismo sentido de las normas del Código Civil (arts. 235 y 238) el art. 502 de la LOPNNA[315] –aunque en redacción poco

[312] Sobre la colocación, véase arts. 396 y ss. LOPNNA.
[313] La LOPNA anterior en su mismo artículo indicaba: "...El adoptado o su representante, debidamente asesorados, tendrán acceso a esta información en todos aquellos casos que su interés lo justifique".
[314] El artículo 431 de la LOPNA también disponía tal posibilidad al indicar "El juez que conoce de la adopción pueda acordar a solicitud del adoptante, la modificación del nombre del niño o adolescente adoptado. Cuando el adoptado tiene doce años o más debe dar su consentimiento y, si tiene menos de esa edad debe ser oído".
[315] Anterior artículo 430 de la LOPNA.

clara[316]– prevé en caso de adopción conjunta (matrimonio y uniones estables de hecho) la utilización del apellido del adoptante y luego de la adoptante, esto es, del padre y la madre; y de ser individual, simplemente los dos apellidos de éste.

Se prevé el levantamiento de una nueva partida de nacimiento[317], una vez decretada la adopción y la pérdida de efectos de la partida original, que se le deberá estampar la expresión "adopción plena"[318]. Al efecto ha indicado el Máximo Tribunal: "con el decreto de adopción dictado por el Juez se le creó un nuevo estado familiar a la niña, que es su condición de hija respecto a la adoptante, lo cual desde el punto de vista formal, se expresa en el levantamiento de una nueva partida de nacimiento. La nota marginal en la partida de nacimiento original deja constancia de la modificación del estado familiar de la niña constituido por el Juez mediante el decreto...pues la finalidad de la nota marginal es dar a conocer a los terceros las modificaciones en cuanto a los estados familiares"[319].

Las normas sustantivas de adopción se ubican en los artículos 406 al 429 de la LOPNNA, y las normas adjetivas fundamentalmente en los arts. 493 y siguientes *eiusdem*. Se señaló que si bien la Reforma de 2007 afectó sustancialmente el ámbito procesal, también consideró aspectos sus-

---

316 La norma indica: "Si la adopción se realiza en forma conjunta por el y la cónyuge no separados o separadas legalmente o por personas que mantienen una unión estable de hecho, el adoptado o adoptada debe llevar, a continuación del apellido del o la adoptante, el apellido de soltera o soltero del o la adoptante. Esta misma regla se aplicará en caso de adopción del hijo o hija de un cónyuge por el otro u otra cónyuge. En caso de adopción individual, el adoptado o adoptada debe llevar los apellidos del o de la adoptante". (Destacado nuestro). La exagerada y marcada alusión al género, según la cual toda expresión se utiliza en femenino y masculino, lleva a expresiones impropias, pues después del apellido del hombre adoptante se colocará el de la "mujer" soltera. La referencia a "apellido de soltero" (masculino) del adoptante está de más, pues no existe en nuestro medio jurídico la posibilidad del cónyuge de usar el apellido de su esposa (véase Domínguez Guillén, *Ensayos*..., pp. 488 y 489).

317 Véase art. 504 LOPNNA.

318 Véase art. 505 LOPNNA.

319 TSJ/SCS Sent. N° 522 del 30-11-00.

tantivos[320]. La LOPNNA refiere la posibilidad de los recursos de apelación, casación e interpretación en materia de adopción (art. 503).

[320] Véase: como "Exposición de Motivos" en: http://tsj.gov.ve/legislacion/lopna.htm (revisado marzo 2008). En el texto publicado en *Gaceta Oficial* de la Reforma de la LOPNA no apreciamos Exposición de Motivos. Véase: www.pgr.gob.ve GOE 5859 del 10-12-07. "Aun cuando las propuestas de reformas en materia de adopción son fundamentalmente de naturaleza procesal, resultó indispensable introducir ciertas modificaciones en algunas disposiciones que regulan aspectos sustantivos de la misma. La motivación para ello es diversa, y va desde la conveniencia de reubicar en una sola disposición aspectos muy vinculados entre sí, como es el caso del artículo 406 de la Ley de 1998 al cual se incorpora el concepto de adopción internacional que estaba previsto en su artículo 443, hasta la necesidad de adecuar el texto de algunas normas a previsiones constitucionales, entre ellas los artículos 56 y 77 de la Carta Magna. La reforma permite aclarar algunas dudas, imprecisiones y hasta contradicciones, como es el caso del artículo 407 de la Ley de 1998 en el cual se exige, para la adopción nacional, que los solicitantes tengan residencia habitual por más de un año en el territorio venezolano, sin importar su nacionalidad. Dicha solución modifica sustancialmente el contenido de la parte final del párrafo primero del artículo 443 *eiusdem*, armonizándolo con los artículos 16, 25 y 11 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Se reconoce a quienes formen parte de una unión estable de hecho, la posibilidad de adoptar en forma conjunta, tal y como lo establecen los artículos 411, 494 y 502. Las modificaciones del artículo 416 de la Ley de 1998 son consecuencia de la reforma procesal ya que, dada la importancia que le confieren los artículos 493-A, 493-C, 493-E y 493-F, a la determinación de la adoptabilidad del niño, niña o adolescente a ser adoptado, se prevé que el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre el respectivo niño, niña o adolescente, sea dado ante la correspondiente oficina de adopciones. En tal sentido, se estimó que las oficinas de adopción están mejor equipadas que los Tribunales para cumplir con todo lo relativo al asesoramiento que debe darse a estos progenitores. De todas maneras, el juez o jueza tendrá siempre la posibilidad de revisar lo actuado por la respectiva oficina de adopciones, antes de dictar el auto declarando la adoptabilidad bio-psico-social-legal de quien va a ser adoptado. El mismo artículo 416 de la reforma da facilidades para que los hijos e hijas de los solicitantes de la adopción, que se encuentren fuera del país, puedan opinar al respecto sin que tengan que viajar al territorio nacional, siempre que dicha opinión se incorpore de manera auténtica y oportuna al respectivo expediente. En materia de seguimiento del período de prueba, el artículo 422 de la reforma subsana el vacío que existe en cuanto a las adopciones internacionales, estableciéndose, además, el número mínimo de evaluaciones a realizarse. El artículo concuerda con lo dispuesto en el artículo 493-O de la presente Ley y, en su última parte, se reubica el contenido del artículo 449 de la Ley de 1998, atribuyendo responsabilidades en cuanto a la realización del seguimiento de las adopciones internacionales, cuando la República Bolivariana de Venezuela sea país de origen a los organismos públicos o instituciones extranjeras que presenten la respectiva solicitud de adopción y, cuando sea país receptor a la oficina de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Se reforma el artículo 429 de la Ley de 1998 con un doble objeto: primero, adecuar su contenido al artículo 56 de la Constitución, armonizándolo con el carácter confidencial de los informes previstos en los artículos 420 y 421 de dicha Ley, y el de los expedientes de adopción; y segundo, no dejar dudas acerca de que dichos expedientes deben permanecer archivados en el Tribunal que decida lo relativo a la adopción. La misma norma reconoce al Ministerio Público acceso ilimitado a los contenidos de los expedientes de adopción".

Finalmente, la LOPNNA consagra el carácter "*irrevocable*" de la adopción (artículo 508), dado el efecto pleno de la misma, desaparecida la adopción simple. La nulidad de la adopción acontece cuando la misma tuvo lugar en violación de requisitos esenciales de fondo o de forma o en infracción de cualquier norma legal de orden público[321]. La adopción es irrevocable por lo que la nulidad no constituye una forma de extinción de la misma, sino que borra de la vida jurídica dicho instituto[322]; es decir, así como la nulidad no constituye una forma de extinción del vínculo matrimonial (a diferencia del divorcio o la muerte) tampoco la constituye respecto de la adopción, pues ella sólo pretende suprimir dicha institución del orden legal, en razón de la transgresión de alguna formalidad esencial. El artículo 509 *eiusdem* prevé las causas de *nulidad*[323]*;* la acción de nulidad está sometida a un plazo de caducidad de un (1) año contado a partir de la fecha de inscripción del decreto de adopción en el Registro del Estado Civil, pero dicho término se computará respecto del adoptado a partir de su mayoridad. El adolescente tiene legitimación para intentar directamente la acción de nulidad. Agrega la norma que contra la sentencia de nulidad de adopción cabe el recurso de revisión consagrado en el ord. 2° del art. 507 CC.

---

[321] López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 536.

[322] *Ídem.*

[323] Dispone la norma: "La adopción es nula cuando se decreta: a) En violación de disposiciones referidas a la capacidad, impedimentos o consentimientos previstos en los artículos 408 al 414 de esta Ley, ambos inclusive; b) Con infracción de las normas sobre emparentamiento y período de prueba, establecidas en los artículos 493-N, 493-O y 493-P de esta Ley; c) Con algún error en el consentimiento sobre la identidad del adoptante o del adoptado o adoptada; d) En violación de cualquier otra disposición de orden público".

Capítulo VII

El reconocimiento voluntario de la filiación

1. **Noción.**
2. **Caracteres**: **2.1** *Declarativo de la filiación.* **2.2** *Negocio jurídico.* **2.3** *Irrevocable.* **2.4** *Impugnable.* **2.5** *Solemne o auténtico.* **2.6** *Unilateral.* **2.7** *Puro y simple.* **2.8** *Espontáneo.* **2.9** *Personalísimo.* **2.10** *Exclusivo de la filiación extramatrimonial.* **2.11** *Erga omnes.*
3. **Instrumentos.**
4. **Efectos.**
5. **Normas especiales: 5.1** *Papel de la posesión de estado.* **5.2** *Reconocimiento del concebido.* **5.3** *Posibilidad de reconocimiento por los ascendientes.* **5.4** *Reconocimiento en caso de divorcio por 185-A CC (art. 225 CC).*
6. **Impugnación y nulidad.**
7. **Capacidad de obrar.**

1. NOCIÓN

El reconocimiento es una institución característica de la filiación extramatrimonial[1], que consiste en esencia, en un negocio jurídico, esto es, una declaración de voluntad dirigida a producir efectos legales, que tiene por objeto el establecimiento voluntario y espontáneo de la filiación[2] extramatrimonial. Con ocasión del mismo, se despliegan en el ámbito jurídico los correspondientes efectos filiatorios tales como, obligación de alimentos, vocación hereditaria, derecho de visita, titularidad de la patria potestad, etc.

Obviamente, estamos haciendo referencia al reconocimiento "*voluntario*" de la filiación como acto jurídico. Esto porque la doctrina ha reseñado que el reconocimiento puede considerarse como "el título y la prueba

---

[1] Sobre el tema, véase: Albaladejo García, Manuel: *El reconocimiento de la filiación natural.* Barcelona, edit. Bosch, 1954; Pozo Vilches, Juan Antonio: *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*. Madrid, edit. Trivium S.A., 1993; Mendoza Otiniano: Victoria Esther: *Apreciaciones sobre el reconocimiento en la filiación extramatrimonial.* En: *Iuris Lex Societas,* 03-07-05, http://www.unitru.edu.pe/cultural/revistas/iurislexsocietas/index.php?option=content&task=blogsection&id=4&Itemid=34, indica la autora que "En la actualidad, la filiación es el instituto más preocupante del Derecho de Familia... Al hijo matrimonial, para alcanzar el status de hijo de su progenitor, le basta haber nacido dentro del matrimonio, aun en el caso de no ser declarada su progenitura por aquél. El hijo extramatrimonial, por el contrario, sólo podrá acceder a la condición de hijo, si es reconocido voluntariamente por el padre en el registro civil, en testamento o en escritura pública o ante la negativa de éste, recurrir al órgano jurisdiccional, para que vía judicial y previa investigación, lo declare como tal". Véase también sobre el reconocimiento: López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 111-157; Marulanda de Arana, Patricia: *La filiación natural.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1979, pp. 43-52; Santamaría Archila, Carolina: *Filiación extramatrimonial. Análisis de la evolución histórica de la filiación extramatrimonial y el sistema vigente en Colombia.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1980, pp. 102-114; Oltra Molto, Enrique: *El hijo ilegítimo no natural (su situación jurídica).* Madrid, edit. Montecorvo S.A., 1976, pp. 133-184; Terán Lomas, Roberto A.M.: Los hijos extramatrimoniales. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1954, pp. 181 y ss.; Bonilla Pereira, Ximena y Gilma Inés Guerrero M.: *Filiación extramatrimonial.* Colombia Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1987, pp. 47-63; Cominelli, Ugo: *La filiazione.* Milano, stab. Tipo-Litográfico L. di G. Pirola, 1957, pp. 50-57; Cicu, Antonio: *La filiación.* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, pp. 212-224; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 397-438.

[2] Véase: Núñez Cantillo, Adulfo: *Derecho de Familia. El hijo natural frente a la legislación colombiana.* Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1979, p. 168, la filiación se define como el vínculo principal y natural de descendencia entre padre e hijo.

de la filiación extramatrimonial" y puede ser voluntario o forzoso, según se derive de una declaración espontánea del progenitor o se desprenda de una sentencia definitiva y firme. El denominado reconocimiento forzoso no se deriva de una manifestación espontánea de la filiación sino que se impone por la fuerza de una sentencia o decisión judicial. De allí que se concluya que el reconocimiento voluntario es la declaración espontánea de la filiación hecha bajo las formalidades legales[3], y constituye fuente del estado filiatorio extramatrimonial[4]. Indica la doctrina que la filiación se desprende en tal caso de la voluntad al margen de la realidad de la misma[5], la cual podrá ser impugnada.

De allí que comente Alemany que a falta de matrimonio que establezca la relación paterno filial, la filiación del hijo extramatrimonial se acredita mediante el reconocimiento, que consiste en una manifestación de voluntad hecha por el progenitor en virtud de la cual acepta el status jurídico de padre o madre[6]. Consiste así, en la declaración vo-

---

[3] Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 368. Véase también: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 399, consiste en una declaración espontánea de maternidad o paternidad extramatrimonial hecha con las formalidades exigidas por la ley, de la cual resulta un vínculo de filiación; D' Jesús, *Ob. Cit.,* p. 129, refiere que el reconocimiento voluntario, es el medio más importante de la determinación legal de la filiación extramatrimonial en base a que a diferencia del Código anterior, actualmente todos los hijos pueden ser reconocidos. Agrega que la filiación no matrimonial queda legalmente determinada por reconocimiento voluntario o por sentencia; Marulanda de Arana, *Ob. Cit.,* p. 43; Santamaría Archila, *Ob. Cit.,* pp. 102 y 103. Véase sobre la filiación y el reconocimiento en el CC de 1942: Bocaranda Espinoza, Juan José: *La filiación adulterina.* Caracas, Editorial La Torre, 1973, pp. 399-425; Sansó, Benito: *La evolución de la legislación venezolana sobre la filiación natural.* En: *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Upsala, agosto 1966. Caracas, Publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1966. (Publicado también en: Sansó, Benito: *Estudios Jurídicos.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1984, pp. 211-281).

[4] Toda vez que la filiación extramatrimonial puede determinarse por diversos medios entre los que cabe citar el reconocimiento voluntario y la sentencia firme producto del reconocimiento forzoso o judicial. Véase en este sentido: O'Callaghan, *Ob. Cit.,* p. 387. Véase en sentido semejante: Bonnecase, *Ob. Cit.* pp. 278 y 279, la prueba de la filiación natural viene dada por el reconocimiento voluntario o por el reconocimiento judicial.

[5] Véase: Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 61, el ordenamiento parte que quien reconoce expresamente a un hijo es porque tiene la certeza de ser su padre, si en realidad no lo es, poco le importa ello al Derecho.

[6] Alemany Verdaguer, Salvador: *Estudios sobre filiación ilegítima en el Derecho Español.* Barcelona, edit. Bosch, 1974, pp. 76 y 77.

luntaria y espontánea que realiza el progenitor de haber concebido un hijo determinado[7].

En las siguientes líneas nos pasearemos exclusivamente por algunas ideas relativas al reconocimiento voluntario de la filiación. De manera que dejaremos al margen lo que la doctrina ha denominado el "reconocimiento forzoso de la filiación" que tiene lugar a través de las respectivas acciones judiciales de inquisición de la paternidad o la maternidad.

2. CARACTERES

Entre los caracteres esenciales que la ley y la doctrina le atribuyen al reconocimiento[8] vale citar –entre otros– que se trata de *un acto o negocio jurídico declarativo de la filiación,* personalísimo, libre o espontáneo, irrevocable, solemne o auténtico, puro y simple, en principio unilateral, impugnable y exclusivo de la filiación extramatrimonial.

Establece en este sentido el artículo 221 del Código Civil: "El reconocimiento es declarativo de filiación y no puede revocarse, pero podrá impugnarse por el hijo y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello". De la citada disposición se deriva el carácter declarativo e irrevocable del reconocimiento. A lo que podría agregarse entre otros, la característica de "impugnable". Veamos por separado cada uno de los referidos caracteres que la doctrina le concede al reconocimiento.

2.1 *DECLARATIVO DE LA FILIACIÓN*

Como acto o negocio jurídico que es, el reconocimiento, constituye en esencia una declaración de voluntad cuyo objeto es el establecimiento

[7] De Ruggiero, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid, Instituto Editorial Reus, s/f, T. II, Vol. Segundo. Trad. a la 4ª edic. ital. De Roman Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijero, p. 209. Véase igualmente: Barbero, Domenico: *Sistema de Derecho Privado*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, T. II, Trad. Santiago Sentís Melendo, p. 125, el reconocimiento es la declaración del progenitor (o de ambos) en la cual se admite que determinada persona es hijo suyo, aunque haya premuerto.

[8] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 401-407; Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* pp. 483 y 484; López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 116-118; Albaladejo, *Ob. Cit.,* pp. 57-107; Cicu, *Ob. Cit.,* pp. 222-224; Marulanda de Arana, *Ob. Cit.,* pp. 44 y 45; Bonilla Pereira y Guerrero, *Ob. Cit.,* pp. 49-53; Santamaría Archila, *Ob. Cit.,* pp. 103-105, la autora agrega "expreso"; Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 61; Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 370 y 371.

de la filiación extramatrimonial correspondiente. De allí que acertadamente se afirme que el mismo es declarativo de la filiación[9]. A partir de la respectiva declaración filiatoria surten los efectos correspondientes, aun cuando se indica que por tener carácter "declarativo", obviamente el mismo versa sobre una filiación preexistente, por lo que se remonta retroactivamente al hecho biológico de la concepción[10].

2.2 *NEGOCIO JURÍDICO*

Según indicamos el reconocimiento voluntario se ubica dentro de la categoría de los "actos jurídicos"[11]. Díaz de Guijarro coloca al reconoci-

[9] Véase en sentido contrario: Albaladejo, *Ob. Cit.,* pp. 100 y 101, refiere el autor que el reconocimiento es constitutivo del estado e irretroactivo. Agrega que si fuese declarativo sus efectos existirían desde antes del mismo, esto es, *ex nunc.* (*Ibíd*., p. 107). Sin embargo, creemos que el carácter "declarativo" se deriva de una filiación preexistente y no propiamente de los efectos, los cuales ciertamente precisan del establecimiento de dicha filiación. De allí que afirme acertadamente López Herrera que si bien ciertamente la relación biológica que existe entre el progenitor y su hijo no resulta del reconocimiento sino del acto de procreación pero sólo el reconocimiento la pone de manifiesto, pues no hay filiación si no existe prueba de ella (López Herrera, Francisco: *Anotaciones sobre Derecho de Familia.* Caracas, Manuales de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, 1970, p. 737).

[10] Véase sobre el reconocimiento como declarativo de la filiación: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 401 y 402; Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 280; Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 61; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 370; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 197; Bocaranda, *Guía...,* p. 57; Bocaranda, *Análisis...,* p. 156; Perera Planas, *Análisis...,* p. 227, "el reconocimiento es una manifestación de voluntad, mediante la cual el padre o la madre le dan su autoría al acto de la concepción del cual deriva el nacimiento de un hijo. Es como la ratificación del hecho biológico en el cual participaron. Los efectos de esa declaración de reconocimiento se proyectan sobre el hijo, creando la filiación, con la peculiaridad especialísima de que, no solamente operan hacia el futuro. En efecto, con el acto de reconocimiento, el hecho jurídico surte efectos remontándose al momento de la concepción del hijo. Transforma el hecho biológico puro y simple en un estado de derecho vinculante, con características propias y efectos también propios. Y es que como acto declarativo, reconoce, legaliza la situación de hecho que se inicia con un acto físico que es la concepción".

[11] Sobre el acto jurídico, véase: Torres Vásquez, Aníbal: *Acto Jurídico.* Perú, edit. San Marcos, 1988. Sobre los actos jurídicos y su clasificación, véase: Mélich Orsini, *Ob. Cit.,* pp. 14-16. Véase también: Parra Aranguren, Fernando y Alberto Serrano: *Elementos para el estudio de la norma jurídica.* En: *Actas Procesales del Derecho Vivo,* Nos. 61-63, Vol. XXI, Caracas, Grafiúnica, 1977, p. 61, el acto jurídico es un hecho jurídico voluntario que se distingue del hecho jurídico natural o hecho jurídico propiamente dicho. Los actos jurídicos, son por esencia "voluntarios" a diferencia de los "hechos jurídicos" que son involuntarios porque provienen de la naturaleza. Véase igualmente: Domínguez Guillén, *El Estado Civil...,* pp. 393 y 394.

miento entre los "actos jurídicos familiares"[12]. Más específicamente, constituye un "*negocio jurídico*"[13], especie de los actos jurídicos[14], porque se traduce en declaraciones de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos[15] y de allí que se precise capacidad de obrar para la realización del mismo[16]. De allí que Lacruz indique acertadamente que entre los negocios jurídicos familiares que tienen por objeto constituir o modificar una relación jurídica familiar se ubica el reconocimiento del hijo[17].

---

[12] Véase: Díaz de Guijarro, *Ob. Cit.,* p. 206. En el mismo sentido: López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 115. Véase también: Varsi Rospigliosi, Enrique: *Filiación, Derecho y Genética (Aproximación a la teoría de la filiación biológica).* Perú, Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica Perú, 1999, p. 48, nota 41, el reconocimiento es un acto jurídico familiar filial destinado a determinar por medio de la voluntad el vínculo entre progenitor e hijo. Véase igualmente: Cicu, *Ob. Cit.,* p. 213, que refiere que el reconocimiento es un acto de poder familiar.

[13] Sobre el negocio jurídico, véase: Betti, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edic., 1943 (prólogo), Traducción de A. Martín Pérez; Maluquer de Motes, *Ob. Cit.*

[14] Véase: AMCSFM4, Sent. 30-6-00, J.R.G., T. 166, pp. 54 y 55: "Desde luego, no puede discutirse que el reconocimiento voluntario es un acto o negocio jurídico, puesto que lo son todos, los hechos voluntarios del hombre que determinan consecuencias de Derecho. Es también obvio que se trata de acto o negocio peculiar *sui generis,* toda vez que se dirige al establecimiento y a la comprobación de una materia específica de parentesco consanguíneo, que es la filiación... (materna o paterna) ... por lo demás al menos en términos generales, no puede admitirse en Venezuela que el reconocimiento sea una confesión. En efecto, confesión es la admisión o la afirmación de la verdad de un hecho, que produce consecuencias jurídicas contra la misma persona que la hace (...). Es cierto, no obstante que las restantes formas del reconocimiento voluntario, sea de la maternidad o de la paternidad, si implican confesión de la madre o del padre reconociente. De acuerdo con lo expuesto, pues preferimos considerar el reconocimiento extrajudicial del hijo... como un acto o negocio jurídico peculiar y declarativo de filiación". La citada sentencia sigue las ideas de López Herrera, véase: *Anotaciones...,* pp. 736 y 737. Véase también: Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 61.

[15] Véase: López Herrera, *Anotaciones...,* p. 736, el reconocimiento voluntario es un acto o negocio jurídico, pues lo son todos los hechos voluntarios del hombre que determinan consecuencias de Derecho.

[16] La doctrina española señala una distinción entre el acto jurídico y el negocio jurídico. Véase: Lacruz Berdejo y otros: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil.* Barcelona, José María Bosch editor S.A., 1990, Vol. III, pp. 135 y 135, indicando que los efectos jurídicos del acto se atribuyen *ex lege* con independencia de que el sujeto los persiga en tanto que el negocio aunque el efecto también deriva de la ley se producen *ex voluntate* porque así lo quiere el sujeto; que en el primero la voluntad es importante en cuanto a la génesis del acto y en el negocio en cuanto a la eficacia. Véase en el mismo sentido: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 369, la autora sigue al autor español Manuel Albaladejo.

[17] Véase: Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* Vol. III, p. 251. Véase en el mismo sentido: Moreno Quesada, Bernardo y otros: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona.* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2ª edic., 2004, pp. 318 y 319.

Diez-Picazo y Gullón refieren acertadamente que el negocio jurídico familiar es el que afecta el estado civil[18]. En este sentido, indicamos que el "reconocimiento" como acto o negocio jurídico constituye fuente del estado civil, porque da lugar al estado familiar de hijo[19].

2.3 *IRREVOCABLE*

El reconocimiento como clara y rotundamente lo establece el artículo 221 del CC es irrevocable. Esto es, no permite la ley al que lo efectúa retractarse del mismo. Es un acto espontáneo y libre que hace suponer al Legislador certeza y convicción de parte de quien lo realiza. Si el reconocimiento –al margen de su verdad biológica– pudiera ser revocable perdería toda fuerza y sentido en cuanto al establecimiento de la filiación.

De allí que sabiamente la ley le prohíbe al reconociente retractarse del mismo, pero le permite a los interesados impugnarlo. La doctrina reseña el carácter irrevocable del reconocimiento[20], dado el sentido de seguridad social y orden público que reclama la filiación[21]. La revocación del acto jurídico contentivo del mismo no apareja la del reconocimiento; así por ejemplo, la revocación del testamento o la donación no afecta en

[18] Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil.* Madrid, edit. Tecnos, 9ª edic., 1997, Vol. I, p. 485.
[19] Véase: Domínguez Guillén, *El estado civil...,* pp. 392 y 394.
[20] Véase: López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 117 y 118; Cominelli, *Ob. Cit.,* p. 51; Cicu, *Ob. Cit.,* pp. 223 y 224; De Ruggiero, *Ob. Cit.,* p. 209; Barbero, *Ob. Cit.,* p. 128; Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 61; Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 223; Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 280; Rotondi, Mario: *Instituciones de Derecho Privado.* España, edit. Labor S.A., 1953, Trad. Francisco F. Villavicencio, p. 577; López Herrera, *Anotaciones...,* p. 741; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 371; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 197; D'Jesus, *Ob. Cit.,* p. 131; Bocaranda, *Guía...,* p. 57; Bocaranda, *Análisis...,* p. 156.
[21] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 227, "reconocimiento a la seguridad social y al orden público. Y por todo ello, el legislador lo hace irrevocable. No podría ser otra manera". Véase también: López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 118, "la irrevocabilidad importa la seguridad jurídica"; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 405 y 406.

modo alguno el carácter irrevocable del reconocimiento[22]. La nulidad del acto de que se trate como sería el caso del acta de nacimiento o del testamento, tampoco en principio debería afectar el carácter irrevocable del reconocimiento[23]. De allí que afirme López del Carril que "si el reconocimiento es irrevocable, la nulidad del instrumento que lo contiene NO afecta a esta parte del contenido"[24].

---

[22] Creemos que no existe en ningún caso propiamente revocación del reconocimiento. Distinto es el supuesto como veremos *infra* N° VII.6, que se pretenda la nulidad del mismo por no tener lugar de conformidad con la ley. Pero en tal caso no ocurre propiamente revocación sino que el efecto del acto se cae porque se ha atacado el mismo. De allí que no estamos de acuerdo con Grisanti cuando señala una suerte de revocación del reconocimiento efectuado en testamento cerrado. (Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 371, "Es bueno aclarar, como lo hace López Herrera que 'cuando el reconocimiento se efectúa en testamento cerrado y luego éste es destruido (o son violados su cubierta o sus sellos) antes del acto formal de apertura, de hecho se produce una revocación del reconocimiento'". Véase acertada opinión de López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 142, en el caso del testamento cerrado que se destruyere de alguna manera, el reconocimiento existe y subsiste, porque aunque la rotura produzca la revocatoria legal, la revocación es del testamento pero no la revocación del reconocimiento que el testamento pudiera contener.

[23] Véase: D'Jesus, *Ob. Cit.,* p. 131, "Las formalidades para la determinación del reconocimiento tienen como justificación la conservación de la prueba en beneficio del hijo. Si el reconocimiento se hace en el Acta de nacimiento del hijo, y luego resulta defectuosa o anulable, su nulidad no acarrea necesariamente la nulidad del reconocimiento que está contenido en ella, y si se hizo en un testamento cerrado, sus efectos son siempre retroactivos al momento de la concepción del hijo y es irrevocable conforme al Art. 221 del mismo Código Civil. Es irrevocable como toda confesión; aun cuando conste en testamento, aquí se trataría de dos actos contenidos en un mismo documento. Si la paternidad está señalada en un testamento y no es revocable, el hijo puede legalmente utilizarla desde el momento del otorgamiento de dicho testamento." Véase en el mismo sentido: López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 138 y 139, " en lo que respecta al reconocimiento contenido en testamento su validez y efecto surgen desde la fecha de otorgamiento del mismo. En sentido contrario, véase: Viso, *Ob. Cit.,* pp. 514 y 515. "En el caso del testamento debe haberse guardado las formas establecidas para ello y solamente tendrá efecto después de la muerte del testador. Por otro lado, es claro que siendo el testamento un documento revocable por su naturaleza, al ser reconocido un hijo o varios en él y haberse guardado las formas establecidas, se convierte en irrevocable, en lo que respecta a aquella cláusula. Siendo el testamento un negocio jurídico *mortis causa* no podría intentarse una acción de reconocimiento basándose en el testamento estando aún con vida el testador, pues solamente tendrá efectos como ya se ha dicho a partir de la muerte de éste. Textualmente lo establece así el C.C. italiano en su artículo 256 que dice: ' el reconocimiento es irrevocable. Cuando está contenido en un testamento tiene efectos desde el día de la muerte del testador, aun si el testamento ha sido revocado'." Por nuestra parte, pensamos que por ser el reconocimiento un acto declarativo de la filiación surte efectos a partir del otorgamiento del correspondiente instrumento, aun cuando se trate de un testamento. Así por ejemplo, una acción de pensión de alimentos en modo alguno precisa de la muerte del testador para hacer efectivos los efectos del establecimiento espontáneo de la filiación.

[24] López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 144, pues lo que es nulo –agrega el autor– es específicamente el instrumento pero no puede involucrar la nulidad de un acto distinto al que la ley no le exige tales formalidades como es el reconocimiento.

2.4 *IMPUGNABLE*

Si bien el reconocimiento es irrevocable para quien lo realiza, según el citado artículo 221 del CC, puede ser impugnado por todo el que tenga interés en ello[25].

2.5 *SOLEMNE O AUTÉNTICO*

Debe efectuarse bajo las formas consagradas en la ley[26]. En razón de la trascendencia jurídica del reconocimiento, el Legislador ha sido exigente en cuanto al instrumento en que éste debe constar[27]. El mismo precisa de un documento auténtico y ello se desprende claramente de los artículos 217 y 218 del CC que enumeran los instrumentos que pueden contener el reconocimiento[28].

Aclara López Herrera que precisamente porque el reconocimiento es un acto solemne no puede hablarse en nuestra legislación de reconocimiento tácito o implícito, pues necesariamente debe ser *expreso*, aunque pueda ser directo o incidental[29]. Sin embargo, curiosamente el autor recientemente se refiere entre las formas del reconocimiento voluntario, al reconocimiento tácito de la filiación materna extramatrimonial conformado por la posesión de estado (ord. 2, artículo 198 CC); señala que la Reforma del CC de 1982 admite el reconocimiento tácito o posesión de estado que a su decir "sin embargo sólo funciona cuando se trata de filiación materna (en otras palabras*, no funciona extrajudicialmente como reconocimiento tácito de la filiación paterna* (aunque sirve para la comprobación de ésta dentro de un juicio de inquisición..."[30]. De lo que se deduce que para el autor la filiación materna extramatrimonial se podría hacer valer "extrajudicialmente".

---

[25] Véase *infra* N° VII.6.
[26] Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 370.
[27] Véase: De Ruggiero, *Ob. Cit.,* p. 210, dada la trascendencia del acto, la forma de declaración no podía confiarse al arbitrio particular por lo que la ley prescribe una manera que garantiza la autenticidad y seriedad del reconocimiento.
[28] Véase *infra* N° 3, a saber, partida de nacimiento, acta de matrimonio de los progenitores, testamento o cualquier otro documento público o auténtico donde dicha mención se haga por vía principal o incidental.
[29] López Herrera, *Anotaciones...,* p. 742. Véase agregando "expreso" entre los caracteres: Santamaría Archila, *Ob. Cit.,* pp. 103-105.
[30] López Herrera, *Derecho...,* 2006, T. II, pp. 417 y 418 (Destacado nuestro). Señala que hay cinco formas o solemnidades para llevar a cabo el reconocimiento expreso. (*Ibíd*., p. 407).

Sin embargo, la doctrina indica acertadamente que la posesión de estado, por tratarse de una situación fáctica o de hecho, precisa necesariamente de control judicial, por lo que no procede extrajudicialmente, al margen de la filiación de que se trate[31]. La naturaleza de la posesión de estado reclama necesariamente de una decisión judicial, inclusive respecto de la maternidad, lo que se evidencia del propio ord. 2 del artículo 198 del CC, al expresar "2° La posesión de estado del hijo, *establecida de conformidad con las reglas contempladas en ese mismo capítulo*". De allí que la doctrina acertadamente aclara respecto a la maternidad que la ubicación "la posesión de estado" a continuación del "reconocimiento voluntario" no debe llevar a una interpretación errónea que pretenda sostener su valor extrajudicial, pues se trata de hechos y circunstancias que deben ser probados[32]. Así pues cabe concluir, que NO existe reconocimiento tácito, ni siquiera en función de la posesión de estado; se trata de un acto solemne que tiene lugar mediante los instrumentos o formalidades que prevé la ley[33].

El este sentido indican Planiol y Ripert que la ley en Francia no admite, como reconocimientos válidos, sino los hechos en un acto auténtico, por lo que no puede reconocerse a los hijos de cualquier forma. Esta formalidad se estableció con el doble objeto de asegurar: la libertad del autor del reconocimiento y la conservación de la prueba a favor del hijo. De tal suerte que se trata de un acto solemne[34].

---

[31] Véase: Ramos Sojo, *Situaciones de Hecho...,* p. 372, "tal como la presentamos, la posesión de estado no tiene valor en sí misma, sino a través del control judicial inducido por la Ley"; Domínguez Guillén, *En torno a la posesión de estado...,* pp. 80-84 (*infra* N° X).
[32] Véase: Ramos Sojo, *Situaciones de Hecho...,* pp. 377 y 378, "El artículo 198 *eiusdem,* referido a la filiación materna, coloca a la posesión de estado en función probatoria de la filiación, que es la que nos interesa tratar.
Debemos observar que la posesión de estado, contrario a lo que acontece con el acta de nacimiento, no puede operar por sí misma, ni para determinar, ni para probar la filiación. Esto lo deducimos de su propia estructura: la posesión de estado consiste en hechos, circunstancias que necesitan ellos mismos ser probados o acreditados. En otras palabras, la serie o reunión de hechos alegados, servirán de base para determinar la filiación, pero en sí mismos no podrían acceder al Registro Civil porque necesitan previamente constituirse en título inscribible y ello sólo será posible cuando sean declarados tales en una sentencia.
Esto refuerza nuestra demostración de que la posesión de estado no es una prueba extrajudicial de la filiación materna, aunque la redacción del artículo 198 y su colocación, podría inducir a esa interpretación que consideramos errónea".
[33] Véase *infra* N° VII.3.
[34] Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 218.

El carácter de autenticidad viene dado por la intervención de un funcionario público[35] que dé fe de la autenticidad o veracidad de la identidad y firma del reconociente, al margen de la verdad biológica. Esto pues recordemos que de conformidad con el artículo 1.359 del CC el funcionario da fe de los hechos que declara haber efectuado y de los hechos que declara haber visto u oído. Así mismo, el reconocimiento efectuado en la partida de nacimiento tiene el carácter de auténtico de conformidad con el artículo 457 *eiusdem* porque al margen de la verdad de la filiación, el funcionario da fe que en cierta fecha tal persona dijo ser madre o padre del hijo correspondiente. De manera pues, que lo que excluye la ley es la posibilidad de efectuar el reconocimiento por vía de simple documento privado[36], sin que por supuesto ello no sea óbice para hacer valer dicho instrumento en un juicio de reconocimiento forzoso de la filiación, a saber, una acción de inquisición de la paternidad o la maternidad.

2.6 *UNILATERAL*

El reconocimiento filiatorio constituye –en principio– un negocio jurídico *unilateral*, esto es, se deriva exclusivamente de la voluntad del que lo efectúa[37]. Para Diez-Picazo y Gullón "los negocios jurídicos son unilaterales cuando la declaración de voluntad o el comportamiento que le da vida es obra de una sola parte"[38]. Los negocios jurídicos bilaterales resultan de dos o más declaraciones de voluntad[39]. El negocio jurídico unilateral surte o puede surtir *efectos* en virtud de la declaración de

[35] Véase: Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 280; Cicu, ob. Cit., pp. 219 y 220.
[36] Indican Planiol y Ripert que se desprende del artículo 334 del Código Francés que el reconocimiento hecho en un documento privado, como tal no tiene ningún valor y no es susceptible de confirmación. (*Ob. Cit.,* p. 219).
[37] Véase Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* Vol. III, p. 255, el negocio unilateral es aquel en el cual la declaración de voluntad proviene de una sola parte, y así en el reconocimiento del hijo extramatrimonial o en el testamento hay una sola parte. Véase también: Albaladejo, Manuel: Derecho Civil I. Barcelona, José María Bosch Editor, S.A. 14ª edic., 1996, Vol II, p. 158, es negocio unilateral el que procede de una sola parte, y es bilateral o plurilateral el que procede de dos o más partes; Maluquer de Motes, *Ob. Cit.,* p. 242, negocio jurídico unilateral es aquel en el que solamente existe una parte negocial.
[38] Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* Vol. I, p. 486.
[39] Como es el caso del contrato. Véase sobre los negocios jurídicos y su clasificación: Mélich Orsini, *Doctrina...,* pp. 16-18.

voluntad de una sola persona[40]. Y decimos, que el reconocimiento es "*en principio*" unilateral, porque si se considera desde el punto de vista de sus *efectos*, debe distinguirse el efectuado al hijo *menor* de edad del realizado al hijo *mayor* de edad. Ciertamente, el reconocimiento de un hijo menor de edad, no precisa en modo alguno de autorización o permiso del otro progenitor o del hijo de que se trate; es en esencia un acto enteramente unilateral en lo que respecta a sus efectos[41], que simplemente podrá ser impugnado por quien tenga interés en ello de conformidad con el artículo 221 del CC.

Ahora bien, el reconocimiento de un hijo mayor de edad sí precisa –para surtir efectos– del consentimiento de éste o a su muerte, a falta de posesión de estado, el de determinados familiares. Así lo establece el artículo 220 del CC: "Para reconocer a un hijo mayor de edad, se requiere su consentimiento, y si hubiese muerto, el de su cónyuge y sus descendientes si los hubiere, salvo prueba, en este último caso, de que el hijo ha gozado en vida de la posesión de estado*"*. De conformidad con dicha norma, la posesión de estado según veremos[42] *suple o dispensa el consentimiento del cónyuge y descendientes en el caso de reconocimiento de un hijo mayor de edad muerto*[43]. Según la disposición, el reconocimiento del hijo mayor de edad precisa de su consentimiento[44] y

[40] Lasarte, *Ob. Cit.,* p. 453. Destacado nuestro.
[41] Véase: López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 117, que indica que es "unilateral" porque no requiere la aceptación del hijo reconocido. Sin embargo, López Herrera considera que el carácter unilateral del reconocimiento no se ve afectado cuando la ley exige el consentimiento del hijo o de determinados familiares, porque aun en esas situaciones la declaración de filiación hecha por el progenitor, es en sí misma un acto completo y autónomo. Aunque aclara el autor, que no obstante, cuando se requiere la aceptación del reconocimiento, los efectos del mismo quedan en suspenso hasta que opere la misma (López Herrera, *Anotaciones...,* p. 740; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 404 y 405). Pero por ser precisamente, la referencia a los "efectos", la nota característica en que algunos autores basan la unilateralidad del negocio jurídico, es que preferimos hacer la distinción acotada.
[42] Véase *infra* N° VII.5.1.
[43] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* pp. 92 y 93; Hung Vaillant, Francisco: *Derecho Civil I.* Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 1999, p. 78.
[44] Véase: DFMSC1, Sent. 15-4-71, J.R.G., T. 30, pp. 19-21, mientras no se haya producido el consentimiento del hijo mayor de edad, el reconocimiento hecho por el padre tiene sólo el valor de un acto jurídico o declaración unilateral cuya eficacia dependerá que se produzca el consentimiento.

en caso de muerte de éste, del consentimiento de los familiares indicados[45]. Aceptación que al igual que el reconocimiento es irretractable[46].

El carácter unilateral del reconocimiento en cuanto a sus consecuencias igualmente lo ha derivado la doctrina del artículo 223 del CC porque sólo produce efectos respecto del padre que lo efectúa y los parientes consanguíneos de éste[47].

Es importante acotar a propósito del carácter unilateral del reconocimiento, que el progenitor casado, en modo alguno necesita el consentimiento de su cónyuge para efectuar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial[48], al margen de la discusión sobre la posibilidad de que ello configure causal de divorcio si la concepción tuvo lugar durante el matrimonio[49]. El consentimiento del cónyuge sólo se precisa para llevar al hijo reconocido durante el matrimonio a la residencia

---

[45] La doctrina, señala que la necesidad del consentimiento aplica a todos los descendientes. Véase: López Herrera, *Anotaciones...,* p. 758, parece necesario concluir que independientemente del grado de parentesco, todos los descendientes del hijo, que existan para la fecha del reconocimiento, deben prestar su consentimiento a fin de que la correspondiente declaración de maternidad o de paternidad puede producir sus efectos legales. Véase también: Perera Planas, *Análisis...,* p. 226, "si existe uno de los descendientes que lo niega, el reconocimiento no obrará respecto a él. Pareciera lo más sensato. ... Por lo que respecta al cónyuge y los descendientes la Ley no señala ningún término para prestar el consentimiento".
[46] López Herrera, *Anotaciones...,* p. 757.
[47] Véase *infra* N° VII.4.
[48] Vale distinguir al respecto: 1.- Si el hijo ha nacido durante el matrimonio actual del reconociente, el hombre casado ciertamente no necesita autorización de su cónyuge para efectuar el reconocimiento; 2.- Si se trata de un hijo nacido durante el matrimonio de la madre, no opera el reconocimiento en principio, pues recordemos que se trata de un hijo matrimonial a quien se le aplica adicionalmente la presunción de paternidad; 3.- Ahora bien, de tratarse del supuesto de un hijo nacido antes del matrimonio del reconociente, bien sea éste hombre o mujer (caso que excluiría la discusión relativa al adulterio), cualquiera de ellos, incluyendo a la mujer, igualmente podrá efectuar el reconocimiento libremente sin autorización del cónyuge. De manera que es factible el reconocimiento por parte de la mujer casada sin mayor formalidad, siempre que se trate de un hijo nacido antes del matrimonio.
[49] Señalando que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial no configura causal de divorcio, véase: Bocaranda, *Análisis...,* pp. 143 y 144. Se indica que por sí solo no constituye adulterio, pues éste se traduce en la unión carnal de un hombre y una mujer, y la prueba directa de tal hecho es difícil y no se desprende directamente del reconocimiento. Véase señalando que el reconocimiento trae implícita una confesión de adulterio e indicando –acertadamente a nuestro criterio–, que en todo caso se incurre en una injuria grave contra el cónyuge, la cual constituye causal de divorcio; Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 380-382. Véase *infra* Nº V.2.1

familiar de conformidad con el artículo 216 del CC[50]. De allí que la libertad o unilateralidad en el acto de reconocimiento no supone imponer al cónyuge del reconociente una convivencia que puede ser fuente de conflictos familiares[51].

2.7 *PURO Y SIMPLE*

El reconocimiento constituye un acto puro y simple producto de la espontánea voluntad del sujeto que lo realiza. Ello se traduce que en modo alguno y bajo ningún concepto el reconocimiento –a diferencia de otros negocios jurídicos fundamentalmente de contenido patrimonial– puede estar sometido a carga o condición[52]. No podría por ejemplo el reconociente indicar en el correspondiente documento auténtico "reconozco en este acto a mi hijo X con la condición que el mismo proceda al cambio de sus apellidos, a los fines de adecuarlo a su nueva filiación". Para algunos, el reconocimiento sometido a condición es nulo[53], pero a nues-

[50] Que prevé: "El hijo nacido fuera del matrimonio, una vez reconocido no puede llevarse a la residencia familiar sin el consentimiento del otro cónyuge". Véase: Bocaranda, *Análisis...,* pp. 143 y 144, " 1° Existe un error muy difundido según el cual se requiere el consentimiento del cónyuge, para que el otro pueda efectuar el reconocimiento. Mas no es así: el cónyuge puede libremente y sin previo consentimiento, o aun contra la voluntad del otro, efectuar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial. Ello no podría ser causal de divorcio ni mucho menos. 2° Lo que la ley exige es el consentimiento del otro cónyuge para que el hijo ya reconocido –'una vez reconocido'– pueda ser llevado a la residencia familiar. 3° El ser llevado a la residencia familiar no tiene aquí un sentido transitorio sino de permanencia. Lo que la ley exige es que otro cónyuge preste su consentimiento para que el hijo reconocido pueda vivir en forma permanente en el hogar común. Ello significa que, a pesar del no consentimiento del otro cónyuge, el hijo reconocido puede ser llevado de visita a la residencia familiar".

[51] Véase en este sentido: Perera Planas, *Análisis...,* p. 217, "El nacimiento de un hijo natural antes del matrimonio, no llega a constituir un elemento de tensión y disgresión del matrimonio que pueda celebrar su padre o su madre con posterioridad al nacimiento. Pero ante la posibilidad que abre la reforma de reconocer al hijo adulterino, se crea un verdadero caos para la unión matrimonial. Si a ello hubiese que sumar la posibilidad de llevarlo al hogar del cual no es hijo en plenitud, se agravaría la situación al obligar a la mujer o al hombre casados a soportar la presencia de un hecho bochornoso, referido, no al hijo en sí, sino a su concepción. La doctrina anota una sola salvedad al respecto. Si el padre o la madre solteros, han reconocido la filiación antes de contraer matrimonio y han mantenido al hijo reconocido a su lado, podrán llevarlo al hogar que integren por vía matrimonial con un tercero".

[52] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 371.

[53] Véase: López Herrera, *Anotaciones...,* p. 740; López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 405; Grisanti, *ob .cit.,* p. 385. La autora reseña la opinión de Albaladejo según la cual el reconocimiento sometido a condición sería nulo y contrariamente refiere la opinión de Carresi, para quien la condición debe tenerse por no puesta, a menos que denoten la falta de voluntad en cuyo caso sería nulo. (*Ibíd*., p. 371).

tro parecer esa no es la conclusión más acertada. Cicu, se pregunta si el reconocimiento sometido a condición sería nulo o más bien será nula la condición; el autor, acertadamente concluye que "del mismo modo que en el matrimonio y con mayor razón en este caso, hay que afirmar que, cuando la declaración contenga un reconocimiento éste tendrá valor sin más"[54]. En el mismo sentido, comenta atinadamente Barbero que el acto del reconocimiento es pleno e incondicional, pues toda cláusula dirigida a limitar sus efectos es nula de derecho, lo cual se comprende más todavía si se parte de la recalcada irrelevancia de la condición[55].

Esto es, el reconocimiento surte efectos y la condición no incide en la validez de aquél porque deberá considerarse no puesta. Creemos que así como la validez del acto o negocio jurídico de que se trate en principio no afecta la suerte del reconocimiento, la condición tampoco afectaría el mismo. Y a nuestro criterio, lo pertinente no es la nulidad[56] sino que la salida más lógica obviamente es considerar dicha condición como no escrita. Esto porque la voluntad del vínculo filiatorio por parte del reconociente, ha quedado establecida al margen de la referencia a la "carga" o "condición".

2.8 *ESPONTÁNEO*

El reconocimiento es un acto por esencia y naturaleza "voluntario" o espontáneo. De allí que constituya un acto o negocio jurídico, pues recordemos que éstos son declaraciones de *voluntad* dirigidos a producir efectos jurídicos. El acto jurídico es considerado un hecho jurídico voluntario porque depende de la voluntad del que lo realiza[57]. El reconocimiento voluntario es un acto discrecional, no obligatorio[58].

---

[54] Cicu, *Ob. Cit.,* p. 223.
[55] Barbero, *Ob. Cit.,* p. 128.
[56] Porque la voluntad no resulta afectada y porque el acto tuvo lugar en forma auténtica. Es decir, no existe una causa autónoma de nulidad.
[57] Véase *supra* N° 2.2.
[58] López Herrera, *Anotaciones...,* p. 738; López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 402.

Siendo así, el reconocimiento ciertamente es libre y espontáneo[59]. No puede en modo alguno ser producto de la coacción o la violencia, pues ello lo haría susceptible de nulidad en razón de vicios en el consentimiento[60]. Por tal razón cuando se alude a "reconocimiento forzoso de la filiación" se está haciendo referencia al establecimiento filiatorio mediante la acción de inquisición de la paternidad o la maternidad precisamente "a falta de reconocimiento voluntario" de conformidad con el artículo 210 del Código Civil.

2.9 *PERSONALÍSIMO*

El reconocimiento es un acto eminentemente personalísimo, es decir, el establecimiento voluntario del vínculo filiatorio respecto de alguien es materia que sólo atañe al sujeto reconociente[61]. Refiere Cicu que los sujetos activos del reconocimiento sólo pueden ser los padres[62]. Significa que el acto debe emanar directamente del sujeto que lo efectúa, por lo que en modo alguno puede derivarse de la declaración de un tercero. En consecuencia, no se admite en esta materia la representación legal,

---

[59] Véase: AMCSFM4, Sent. 30-6-00, J.R.G., T. 166, pp. 54 y 55, "Es acto espontáneo: desde el punto de vista estrictamente legal –que no moral– el reconocimiento voluntario del hijo... es un acto discrecional no obligatorio. No existe ninguna disposición legal que imponga a la madre o al padre la necesidad de llevarlo a cabo (...). Precisamente por ello se distingue este tipo de reconocimiento, del judicial o forzado, que resulta de una sentencia y que se impone a la madre o al padre aun contra su voluntad. Por tratarse de un acto espontáneo el reconocimiento extrajudicial debe provenir de una voluntad exenta de vicios: de lo contrario es atacable por nulidad. Por ser el reconocimiento un acto espontáneo y además meramente declarativo, como señalamos poco antes, es posible también que una persona sea reconocida (de buena o de mala fe) por quien no es en realidad su madre o su padre; así como que un mismo individuo sea sucesivamente reconocido como hijo natural por varias mujeres o por distintos hombres. Para corregir esas absurdas situaciones existen las acciones de nulidad y de impugnación del reconocimiento...". La citada decisión reproduce ideas de López Herrera, véase: *Anotaciones...,* p. 738.

[60] Véase artículo 1.142, ord. 2, CC. Véase igualmente *infra* N° VII.6.

[61] Véase: Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 220, el reconocimiento es un acto eminentemente personal; una confesión sólo puede emanar del padre o la madre o los mandatarios especiales de éstos. Cualquier otra persona carece de facultades para hacerlo. Los progenitores pueden reconocer al hijo, conjunta o separadamente, pero en este último caso el reconocimiento es personal y sólo produce efectos en contra de él mismo, no respecto al otro, aunque se haya indicado su nombre. Véase en el mismo sentido: Bonnecase, *Ob. Cit.,* pp. 279 y 280; De Ruggiero, *Ob. Cit.,* p. 209; Barbero, *Ob. Cit.,* p. 128, el reconocimiento sólo tiene validez para el progenitor que lo efectúa y no respecto del otro; López Herrera, *Anotaciones...,* pp. 738 y 739; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 402-404.

[62] Cicu, *Ob. Cit.,* p. 214.

es decir, el sujeto incapaz absoluto que carezca de discernimiento no puede acceder a esta figura a través de su representante legal, ya sea tutor o progenitor[63]. Está claro que la representación legal no se extiende a actos personalísimos como el reconocimiento filiatorio. Sólo se admite como es natural la representación voluntaria porque ella supone la capacidad de obrar, si obviamente se ha otorgado poder o mandato *especial* al efecto[64].

Mientras la persona llamada a efectuar el reconocimiento viva, únicamente ella puede realizar tal negocio jurídico personal[65]. Excepcionalmente, después de su muerte, el legislador ha consagrado la posibilidad de que dicho acto pueda ser realizado por los ascendientes, a fin de evitar el ejercicio de la correspondiente acción de inquisición de la paternidad o la maternidad contra los herederos[66]. Esta posibilidad está prevista en el artículo 224 del CC que prevé:

> En caso de muerte del padre o de la madre, el reconocimiento de la filiación puede ser hecho por el ascendiente o ascendientes sobrevivientes de una u otra línea del grado más próximo que concurran en la herencia, de mutuo acuerdo si pertenecen a la misma línea, y en las condiciones que establecen las disposiciones contempladas en los artículos de esta sección y con iguales efectos.

De allí que comenta la doctrina que "Mientras vivan el padre y la madre, sólo ellos pueden reconocer al hijo. Fallecidos el padre o la madre,

---

[63] Véase *infra* N° VII.7.

[64] Señala acertadamente López Herrera que por tratarse de un acto esencialmente personal, el mandato a los fines del reconocimiento, para ser suficiente, debe contener la instrucción específica de establecer el título de la filiación, así como la identificación suficiente, pues la simple facultad general dada al mandatario, en el sentido de autorizarlo genéricamente para reconocer hijos, hace inútil la representación. (López Herrera, *Anotaciones...,* p. 752).

[65] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 371 y 374.

[66] Consagrada en el artículo 228 del CC que prevé: "Las acciones de inquisición de la paternidad y la maternidad son imprescriptibles frente al padre y a la madre, pero la acción contra los herederos del padre o de la madre, no podrá intentarse sino dentro de los cinco (5) años siguientes a su muerte". Véase: Harting, *Ob. Cit.,* pp. 264 y 265, "La reforma, por otra parte, introduce la positiva novedad del reconocimiento voluntario, en caso de muerte del padre o de la madre, por el ascendiente o ascendientes del grado más próximo. De esta forma se evita al presunto hijo la necesidad de ocurrir inexorablemente al debate judicial para obtener por parte de los herederos del padre, o madre, el reconocimiento."

el reconocimiento pueden hacerlo sus ascendientes más cercanos de una u otra línea que concurran en la herencia y de mutuo acuerdo, si pertenecen a la misma línea"[67]. Señalándose que dicho reconocimiento de los ascendientes obviamente comparte las citadas características generales de tal negocio jurídico[68].

2.10 *EXCLUSIVO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL*

El reconocimiento voluntario es una figura exclusiva de la filiación extramatrimonial. Respecto del hijo matrimonial en modo alguno aplica o procede la institución en estudio[69].

Comenta López Herrera que el hijo matrimonial no puede ser nunca sujeto pasivo del reconocimiento, puesto que la naturaleza y el carácter de su filiación derivan de la voluntad de la ley y no de la declaración que al efecto haga el progenitor[70]. Como bien indica Torres-Rivero "En la filiación matrimonial no hay reconocimiento del hijo, no se reconoce al hijo matrimonial, éste tiene el estado filial óptimo, está amparado por las presunciones legales de paternidad*"*. [71]

---

[67] Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 374. Véase en el mismo sentido: Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 197, D'Jesús, *Ob. Cit.,* pp. 114 y 130; Viso, *Ob. Cit.,* p. 517; Bocaranda, *Guía...,* p. 57; Bocaranda, *Análisis...,* pp. 147 y 148; La Roche, *Ob. Cit.,* p. 74; García de Astorga, *Principales...,* p. 68.

[68] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 233, "Así como los ascendientes pueden intentar la acción de desconocimiento de la filiación, se le concede el derecho de efectuar el reconocimiento dentro de los límites que se señalan en el artículo comentado. Requisitos de este reconocimiento: Que el padre o la madre hayan fallecido, pues, de lo contrario, es lógico, solamente a ellos corresponderá la realización del acto personalísimo; en segundo lugar se exige que ese o esos ascendientes concurran en la herencia del progenitor fallecido, lo que implica un total desprendimiento para efectuar el reconocimiento y que lo fundamenta en sólida base; en tercer lugar, para el caso de que sean varios los ascendientes, que exista consentimiento de todos los ascendientes de la misma línea. Efectos: Los que se señalan para el reconocimiento en los artículos ya comentados. ¿Este reconocimiento es atacable? Gozando de las características generales del reconocimiento ya comentado, no es revocable, pero es impugnable."

[69] Véase: López Herrera, *Anotaciones...*, pp. 734 y 735, la filiación matrimonial deriva del hecho mismo de la concepción o del nacimiento dentro del matrimonio, en tanto que la extramatrimonial, por el contrario no resulta de éstos sino del reconocimiento, bien sea voluntario o forzoso. Véase también: Rotonda, *Ob. Cit.,* p. 577, señala que el reconocimiento no procede si se trata de un hijo legítimo ("matrimonial" según la terminología venezolana vigente).

[70] López Herrera, *Anotaciones...,* p. 754.

[71] Torres-Rivero, *Mis Comentarios...,* 1987, Vol. II, Parte Segunda, pp. 67 y 68.

Al efecto igualmente señala Párraga de Esparza: "Pueden ser reconocidos únicamente los hijos extramatrimoniales del reconociente. El hijo matrimonial nunca puede ser sujeto pasivo del reconocimiento, puesto que en este caso la filiación paterna, desde el punto de vista legal, deriva del concurso de cuatro elementos: la maternidad, la paternidad, el matrimonio de los padres y el nacimiento del hijo durante el matrimonio de los padres. Elementos que entran en juego en la presunción de paternidad del marido consagrada en el artículo 201 del Código Civil. La filiación materna, matrimonial o no, resulta del nacimiento"[72].

El reconocimiento supone entonces un hijo extramatrimonial, a saber, producto de la relación de progenitores no unidos en matrimonio. Pues recordemos que respecto del hijo matrimonial procede la presunción de paternidad y la declaración de la madre no es suficiente para excluir la paternidad[73] y por ende la de un tercero tampoco[74]. Por ello, buena parte de la doctrina concluye que la aplicación de la presunción de paternidad impide la posibilidad de reconocimiento del hijo de una mujer casada por parte de un tercero mientras tal presunción subsista. Lo que conlleva a la necesidad del ejercicio previo de la acción de desconocimiento de la paternidad por parte del cónyuge de la madre[75] –salvo en el caso del artículo 225 CC[76]– a los fines del reconocimiento.

---

[72] Párraga de Esparza, Marisela: *Establecimiento judicial de la paternidad del hijo de la mujer casada.* En: *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona.* Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor 2002, Tomo II, p. 36.

[73] Véase artículo 212 del CC: "La declaración de la madre no basta para excluir la paternidad".

[74] Razones de orden público y seguridad jurídica en las relaciones familiares llevaron al Legislador a la consagración de tal presunción.

[75] Véase en este sentido: Sanojo, *Ob. Cit.*. 202, " Estas presunciones, cuando están de acuerdo con los principios establecidos, tendrán lugar no obstante que la madre y un tercero, o éste o aquélla, reconozcan al hijo como natural, porque la presunción de la legitimidad se ha establecido en favor del hijo y por lo mismo no puede destruirla la madre ni mucho menos un tercero"; Torres-Rivero, *Pruebas de Estado...* 1970, Tomo II, pp. 66 y 67, "...en consecuencia, resulta irrelevante ... tanto lo que se diga acerca del padre como las menciones que se hagan en el acta de nacimiento ... si en ella consta el presunto padre, mejor, sobre todo para fines estadísticos y de control de registro civil, y, si acaso, para revelar, reforzar o ratificar la presunción legal, pues sabemos el valor del acta de nacimiento como prueba de estado ... pero si no se señala, o se invoca o se indica uno distinto, ninguna trascendencia tiene; lo que interesa es que conforme a la presunción, se infiera que el padre es el marido de la madre...". Véase también: Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* si el padre lo desconoce y la impugnación es declarada con lugar, el verdadero padre podrá reconocerlo; López Herrera, *Anotaciones...,* p. 754, el hijo matrimonial no puede ser reconocido. Véase reseña de la división doctrinaria de Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 378.

[76] Véase *infra* N° VII.5.4.

Sin embargo, Párraga de Esparza se pronuncia sobre la impostergable revisión del texto legal que consagra de manera absoluta la presunción de paternidad matrimonial, que debería admitir a título excepcional la posibilidad de impugnación, en el caso que se haya dado la separación de hecho de los cónyuges y la madre mantenga una relación concubinaria estable con el padre del hijo[77]. Posibilidad que ya habían asomado anteriormente algunos autores como César Ramos[78].

Por nuestra parte, pensamos que es prudente concluir que la impugnación de la paternidad por un sujeto distinto al padre (bien sea la madre, el hijo o un tercero) es posible en base a principios generales en materia de filiación[79], pero ciertamente precisa de intervención judicial y debe quedar reducida a casos excepcionales. A nuestro criterio, ciertamente un supuesto justificado sería la inequívoca separación permanente de los cónyuges acreditada mediante juicio de divorcio[80] o de ausencia[81]. Creemos que tal interpretación es la forma lógica de com-

---

[77] Véase: Párraga de Esparza, *Ob. Cit.,* p. 50.

[78] Véase: Ramos Sojo, *Unidad...,* p. 139, cuando el autor hace referencia a que en el artículo 225 del CC el legislador no sometió el reconocimiento del tercero al ejercicio previo de la acción de desconocimiento de la paternidad, agrega: "Y aunque el legislador se ha referido solamente al reconocimiento, no existe impedimento para extender la facultad a) al establecimiento judicial y, más todavía; b) a todo caso de establecimiento de filiación cuando se ha disuelto el matrimonio, ya que lo importante, social y jurídicamente es la verdad de la filiación, sólo que la intención del legislador fue más extensa que lo que en realidad se plasmó en el nuevo articulado (*dixit minus quam voluit*)". Véase también: Bocaranda, *Análisis...,* pp. 140 y 141, "Para que la declaración de la madre contra la presunción de paternidad poseyese ese peso suficiente, tendría que ser apuntada por otros medios probatorios. Y ello bastaría sin necesidad de esperar que el esposo legítimo tuviese que demandar impugnando la filiación. En otras palabras: se desemboca en la conclusión de que para contraponerse a la presunción de paternidad no existe como único medio de impugnación judicial del esposo: podría hacerse uso del artículo 212 del CC, que implica: 1.- Declaración de la madre contra la presunción de paternidad; 2.- Demostración del hecho por otros medios, dentro de los cuales podría caber la declaración del padre biológico. Cabría la aplicación, igualmente, del artículo 205 en cuanto se refiere a la demostración de 'otro y otros hechos o circunstancias tales que verosímilmente concurran a excluir la paternidad'".

[79] Como sería el caso de la verdad de la filiación. Véase sobre la verdad de la filiación y el sentido de la reforma del CC de 1982: Ramos Sojo, *Unidad...,* pp. 113-143. Vale considerar también los artículos 56 y 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Algunos artículos del CC igualmente señalan la posibilidad de reclamar o impugnar la filiación en atención a la realidad o verdad biológica: véase artículos 210, 226, 230, 233.

[80] En función de la causal de abandono voluntario, consagrada en el ordinal 2° del artículo 185 CC. Así como durante la separación de cuerpos decretada con miras a una conversión en divorcio.

[81] Véase artículo 418 y siguientes del CC.

binar el principio de la verdad de la filiación con el sentido de la presunción de paternidad[82].

Creemos que la posibilidad de desvirtuar la presunción de paternidad judicialmente en función de la verdad de la filiación, en caso de separación de los cónyuges, encuentra apoyo en la propia voluntad del legislador en el artículo 225 del CC. Dicha norma prevé excepcionalmente la posibilidad de reconocimiento en caso de separación de hecho conforme al artículo 185A *eiusdem*, sin ejercicio previo de la acción de desconocimiento[83]. Entonces ¿Por qué no permitir el reconocimiento, previo ejercicio de una acción filiatoria en casos excepcionales, en aras de la verdad de la filiación y la seguridad de las relaciones familiares? No sólo parte de la citada doctrina se ha pronunciado en este sentido, sino que existe una tímida referencia normativa al respecto[84], al margen de la legalidad de la misma[85].

---

[82] Presunción de paternidad que tradicionalmente se consideraba únicamente factible de desvirtuar por el cónyuge de la madre. La citada presunción ciertamente sigue ocupando su sitial pero en aras de la verdad de la filiación debe ser matizada en los supuestos particulares que así lo reclamen. De allí que pensamos que en condiciones normales donde no medie separación probada judicialmente u otra circunstancia excepcional válida a juicio del Juzgador, mal podría pretenderse una impugnación de la presunción de paternidad con miras a un reconocimiento voluntario.

[83] Véase *infra* N° VII.5.4.

[84] Véase: Directrices que contienen el "Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela". Del 4 de septiembre de 2003 publicadas en *Gaceta Oficial* N° 37.771 del 9 de septiembre de 2003, artículo II.2.1.1.2: "Cuando es hijo(a) de la mujer casada extramatrimonial: El artículo 201 del CC, establece una presunción *iuris tantum* (admite prueba en contrario) de la paternidad del marido respecto de aquellos hijos nacidos durante el matrimonio, es decir, existe la presunción legal que el hijo de la mujer casada es hijo de su cónyuge. Por cuanto esta presunción puede vulnerar el derecho de los niños, niñas y adolescentes de conocer la identidad de su padre cuando éste no es el cónyuge de su madre, los progenitores deben solicitar y recibir la orientación adecuada por parte de los integrantes del Sistema de Protección facultados para ello, a efectos de ejercer las acciones pertinentes ante los órganos jurisdiccionales, ya que son éstos quienes para conocer los asuntos relacionados con la filiación, y en especial ante los Tribunales de Protección". Anteriormente existían los "Lineamientos que contienen el instructivo del proceso de identificación civil de niños, niñas y adolescentes nacidos en Venezuela", *Gaceta Oficial* N° 37.447 del 21 de mayo de 2002 con una norma equivalente en el número II.1.2.1.1.2.- titulado "cuando el niño, niña o adolescente es hijo de uno de los cónyuges con pareja extramatrimonial".

[85] Véase, cuestionando –a nuestro criterio acertadamente– el valor de tales instrumentos normativos por contrariar en algunos casos de normas de carácter legal como el Código Civil: Ávila Rodríguez, *Ob. Cit.,* p. 210, indica el autor que "independientemente que nos parezca que un órgano consultivo se extralimita en sus funciones al producir una normativa que quiere alterar el sistema de registro de nacimientos a nivel nacional, resulta del todo inadmisible, la

2.11 *ERGA OMNES*

El reconocimiento produce efectos frente a todos[86] y se hace valer contra cualquiera por ser fuente del estado civil familiar.

Para Planiol y Ripert, en caso de doble reconocimiento, es decir, de dos reconocimientos de diversas personas, existe un conflicto de paternidad que no puede resolverse por el orden cronológico de los mismos, por lo que necesariamente debe decretarse la nulidad de uno de los dos como falso[87]. Naranjo Ochoa, por su parte, considera que dado el carácter *erga omnes* que se deriva de la figura, un reconocimiento anterior impide el reconocimiento del mismo hijo por otra persona, pues para ella, como para las demás, ya ha adquirido un estado civil[88]. En el mismo sentido, indica acertadamente Alemany que en caso de reconocimientos contradictorios debe tenerse en cuenta el primero de ellos, pues éste establece una situación jurídica que no puede ser destruida por reconocimientos posteriores[89].

Creemos que efectivamente, por el carácter absoluto que se desprende del primer reconocimiento, los subsiguientes reconocimientos precisan para su validez o eficacia de la impugnación o nulidad del primero de ellos[90]. Así la única forma de reconocer un hijo previamente reconocido es precisamente atacando procesalmente el acto. Esta es la interpretación que nos parece más cónsona con el sentido de la institución, pues

---

posibilidad de modificar un régimen dispuesto, en normas de rango legal, con instrumentos jurídicos de rango sublegal". Si bien pensamos que tales instrumentos sublegales en efecto, no pueden en principio contrariar las normas del CC, creemos que la interpretación indicada lo reclama un imperativo de justicia, esto es, suavizar la rigidez de la presunción de paternidad, excepcionalmente por vía judicial. De ser así el instrumento normativo consagra una posibilidad que podría ser útil por un sentido de sana lógica al margen de su carácter sublegal.

[86] Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 481.

[87] Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 223. Véase en el mismo sentido: AMCSFM4, Sent. 30-6-00, J.R.G., T. 166, pp. 54 y 55, "...es posible también que una persona sea reconocida (de buena o de mala fe) por quien no es en realidad su madre o su padre; así como que un mismo individuo sea sucesivamente reconocido como hijo natural por varias mujeres o por distintos hombres. Para corregir esas absurdas situaciones existen las acciones de nulidad y de impugnación del reconocimiento..". (Destacado nuestro).

[88] Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 481.

[89] Alemany Verdaguer, *Ob. Cit.,* p. 82.

[90] Véase al respecto: Cominelli, *Ob. Cit.,* p. 51.

de lo contrario se dejaría a la mera voluntad de los terceros la validez del primer reconocimiento sin el ejercicio previo de las correspondientes acciones. De allí que sabiamente nuestra legislación ha consagrado el carácter impugnable del reconocimiento por todo el que tenga interés en ello[91]. De lo que se deduce que la forma de desvirtuar un reconocimiento no es efectuando otro.

3. INSTRUMENTOS

El reconocimiento, por ser un acto solemne o auténtico debe tener lugar bajo ciertas formalidades legales, a saber, debe constar en ciertos instrumentos con tal carácter. Dada su trascendencia, tal acto jurídico no puede mediar en simple documento privado[92] sino que el Legislador ha previsto su existencia o constancia a través de ciertos instrumentos particulares[93]. Al efecto, el Código Civil ha dispuesto varias normas en este sentido:

Así el artículo 217 del Código Sustantivo dispone:

> El reconocimiento del hijo por sus padres, para que tenga efectos legales, debe constar:
>
> 1.- En la partida de nacimiento o en acta especial inscrita posteriormente en los libros del Registro Civil de Nacimientos.
>
> 2.- En la partida de matrimonio de los padres.
>
> 3.- En testamento o cualquier otro acto público o auténtico otorgado al efecto, en cualquier tiempo.

Se aprecia de dicha norma que el reconocimiento puede realizarse, obviamente, en el instrumento probatorio fundamental del estado filiatorio como es la correspondiente *partida de nacimiento*. Reconocimiento que tiene lugar cuando el o los progenitores hacen la presentación directa y personalmente (o mediante mandatario especial) ante el funcio-

---

[91] Véase artículo 223 del CC e *infra* N° VII.6.
[92] Véase *supra* N° VII.2.5.
[93] Véase: Albaladejo, *El reconocimiento...,* pp. 117-125; Alemany Verdaguer, *Ob. Cit.,* pp. 79-82; Cicu, *Ob. Cit.,* pp. 217-221.

nario de Registro del Estado Civil[94]. En caso de reconocimiento posterior al levantamiento de la partida, mediante la correspondiente nota marginal dicha información debe constar en la respectiva acta del Estado Civil[95]. Puede también constar el reconocimiento en la correspondiente *partida de matrimonio* de los progenitores de conformidad con el artículo 89, ordinal 4° del Código Civil[96]. Y según la citada norma el

---

[94] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* pp. 222 y 223, "Que conste en partida de nacimiento. En ella consta, mediante la presentación, al menos uno de los padres. Generalmente es uno solo de ellos quien concurre a hacer la presentación. En la legislación anterior bastaba con la presentación por el padre para que se diera por cierta la filiación respecto a la madre que se señalara en el acta o partida. Se altera la legislación y no basta con el simple señalamiento. La razón, en principio, de la norma aludía a la casi imposibilidad de la madre a rechazar el hijo parido por ella. Sin embargo, en puridad y ante la igualdad jurídica de la mujer, base y punto de partida de la reforma que analizo, lo cierto es que la prueba de la maternidad vendría a ser relativa, respecto a una partida de nacimiento en que solamente figure el padre otorgándola. Solamente será incuestionable cuando ambos padres la suscriban. Que conste en acta especial del Registro Civil. Se trata de un reconocimiento directo, toda vez que el padre o la madre concurren ante el funcionario civil y expresan en forma inequívoca su deseo de reconocer al hijo. Es el caso del hijo presentado por uno solo de los padres, sin indicación del otro progenitor y cuando éste, que no figura en la partida de nacimiento, quiere reconocer a su hijo".

[95] Véase artículo 472 del CC, el funcionario que intervenga en el instrumento donde conste el reconocimiento, debe notificarlo a su vez al respectivo funcionario del Registro del Estado Civil, a los fines de la correspondiente nota marginal. Véase: Sala de Juicio Nº 2, del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, en Barcelona, Sent. 15-9-04, Exp. BP02-O-2004-000193. En: http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/1092-15-BP02-O-2004-000193-.html: "a) La supresión de la nota marginal en la partida de nacimiento del niño, donde se le reconoce como hijo de ..., por parte de éste, pasando a ser llamado, tiene su procedimiento especial que es "Impugnación de Paternidad", y en todo caso la declaratoria unilateral de reconocimiento paterno de filiación se encuentra contenida en el artículo 472 del Código Civil, el cual contempla el reconocimiento hecho posteriormente al registro de la partida de nacimiento de hijos ya nacidos y no como lo plantea la accionante cuando invoca el contenido del artículo 223 el cual hace mención al reconocimiento "del concebido". Véase también: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la circunscripción judicial del Estado Nueva Esparta Sala de juicio Única - Juez Unipersonal Nº 2, La Asunción, Sent. 13-7-04, J2-4.260-03, En http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/280-13-J2-4.260-03-.html, "Vista la diligencia ... mediante la cual expresa el RECONOCIMIENTO ... acuerda Oficiar al Prefecto del Municipio Autónomo Arismendi y al Registro Principal del Estado Nueva Esparta, a los fines de que estampe la nota de RECONOCIMIENTO en la Partida de Nacimiento".

[96] Dicha norma prevé que de todo matrimonio que se celebre se extenderá inmediatamente un acta en la que se exprese: ...4° "La declaración que hicieren los contrayentes, en su caso, acerca del reconocimiento de hijos con expresión del nombre, la edad y Municipio o Parroquia donde se asentó la partida de cada uno de ellos". Véase al respecto: Harting, *Ob. Cit.,* p. 265, "Por lo demás se ha introducido, como elemento novedoso, el efectuar el reconocimiento en la propia partida de matrimonio de los padres. Esta forma de reconocimiento voluntario debe entenderse como reminiscencia de la institución de la legitimación, en virtud de su eliminación por razón de la nueva concepción vertida en la reforma: Hijos de filiación matrimonial (nacidos durante el matrimonio) e hijos de filiación extramatrimonial (concebidos y nacidos fuera

reconocimiento filiatorio pudiese constar también en el *testamento*[97] del correspondiente progenitor o en cualquier *otro instrumento público o auténtico*[98]. Se ha indicado como es natural que la revocatoria o nulidad del testamento mantiene inalterable el acto del reconocimiento[99] en razón del carácter irrevocable del mismo[100].

Esta última posibilidad de efectuar el reconocimiento mediante cualquier acto auténtico que indica el ordinal 3° del artículo 217 del Código Civil, está confirmada o ampliada a su vez en el artículo 218 *eiusdem*, que alude a la posibilidad de realizar el mismo inclusive a través de una declaración incidental. Así dispone el citado artículo 218 CC:

> El reconocimiento puede también resultar de una declaración o afirmación incidental en un acto realizado con otro objeto, siempre que conste por documento público o auténtico y la declaración haya sido hecha de un modo claro e inequívoco

Ello significa que el reconociente puede establecer espontáneamente la filiación no sólo mediante instrumento auténtico por vía principal de conformidad con el ordinal 3° del artículo 217 CC, sino que también podrá hacerlo incidental u ocasionalmente mediante cualquier negocio

---

del matrimonio), ambos con idénticos derechos en vía materna y paterna". Véase también: La Roche, *Ob. Cit.,* p. 74, "El Artículo 217 del Código actual sustituye íntegramente al 214 del texto derogado, agregando la posibilidad de que el reconocimiento conste en el Acta de Matrimonio de los padres, derogándose asimismo los efectos del 229 del anterior Código que preveía tal situación, siendo hoy más clara y sistemática la norma incorporada". Véase igualmente: García de Astorga, *Principales...,* p. 68.

[97] Sobre el reconocimiento por testamento, véase: López Herrera, *Anotaciones...,* pp. 746-749; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 412-416; López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 135-145.

[98] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 371-373, documento o acto público o auténtico es el otorgado con las formalidades legales ante un Registrador, Juez, Notario u otro funcionario facultado para darle fe pública en el lugar donde el instrumento se haya autorizado; Véase también: Perera Planas, *Análisis...,* pp. 222 y 223; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 114; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 197; Viso, *Ob. Cit.,* p. 514; Bocaranda, *Guía...,* p. 56; Bocaranda, *Análisis...,* pp. 144 y 145.

[99] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 371. Véase también comentario de Perera Planas, *Análisis...,* pp. 222 y 223, "Es el reconocimiento mediante documento público. El objeto central del documento no es precisamente el reconocimiento. Pero es válido. En el campo doctrinal se ha planteado un problema. Sin quien testa y aprovecha el acto de testar para realizar el reconocimiento de un hijo y no tiene capacidad para testar, siendo nulo el testamento, ¿sigue la misma suerte el reconocimiento? Yo no lo creo. A pesar de que el acto fundamental es el testamento y el reconocimiento se hace incidentalmente, teniendo capacidad para reconocer, éste es perfectamente válido".

[100] Véase *supra* N° VII.2.3.

jurídico con otro objeto principal realizado a través de documento auténtico, como sería el caso de una compraventa, donación, hipoteca, etc. Se habla así de "reconocimiento incidental" porque supone una cuestión distinta del asunto principal[101]. Se trata de un acto o negocio jurídico que tiene por objeto fundamental una relación diversa al reconocimiento, pero que es aprovechado por su autenticidad para el establecimiento de la filiación. La doctrina ha indicado que en tal caso es suficiente por ejemplo, la mera referencia que hiciere el comprador o el vendedor en el caso de la compraventa, o el donante o el donatario en el supuesto de la donación, siempre que como indica la disposición, la declaración conste de un modo claro e inequívoco[102]. Acertadamente indica López del Carril que el reconocimiento en testamento es igualmente "incidental" porque nada tiene que ver con el objeto y fin del testamento[103]. La manifestación incidental pudiera también acontecer en la declaración de un proceso judicial[104].

La referencia al reconocimiento mediante mención accidental ya se encontraba en el CC de 1942, pero según indica la doctrina simplemente en la Reforma del CC de 1982 se coloca en una norma aislada[105].

Recordemos que el reconocimiento también puede efectuarlo la parte demandada en el curso de un proceso judicial, como sería el caso de

---

[101] López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 145. Véase sobre el reconocimiento incidental: *Ibíd*., pp. 145-149.

[102] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 373 y 374, "se refiere el legislador en la disposición contenida en el artículo 218 C.C., al reconocimiento indirecto e incidental. Es el reconocimiento efectuado en documento o acto público o auténtico otorgado con otra finalidad, pero en el cual consta en forma clara e inequívoca, la declaración de maternidad o paternidad. Por ejemplo, si en un documento público de venta o de donación, el vendedor o el donante declara que da en venta o en donación a su hijo ... un inmueble de su propiedad". Véase en el mismo sentido: Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 197; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 129; Bocaranda, *Guía...,* p. 56; Bocaranda, *Análisis...,* p. 145; Viso, *Ob. Cit.,* p. 514; García de Astorga, *Principales...,* p. 68.

[103] López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 145.

[104] *Ibíd*., p. 148. Véase igualmente: López Herrera, *Anotaciones...,* p. 750, el reconocimiento incidental también puede resultar de una diligencia o escrito de un expediente judicial cualquiera, aunque no se trate de procedimientos relativos a la investigación de la paternidad o la maternidad; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 416 y 417.

[105] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 224, " Si se lee el artículo 214 del Código de 1942, se observa que en su aparte tres dice: 'El testamento o cualquier documento o acto auténtico, en que el otorgante reconozca su carácter de padre o de madre, aunque fuere con una mención incidental'. A base de ese trozo de artículo se crea esta norma". Sobre la disposición del CC de 1942, véase: López Herrera, *Anotaciones...,* pp. 749 y 750.

inquisición de la paternidad o la maternidad, de conformidad con el artículo 232 del CC que prevé: "El reconocimiento del hijo por la parte demandada pone término al juicio sobre la filiación en todos aquellos casos en el que el reconocimiento sea admisible, de conformidad con el presente Código". Se aprecia que en tal caso el reconocimiento podría tener lugar en el mismo expediente y de hacerse mediante diligencia o escrito, tendría el carácter de auténtico, pues cuenta con la intervención del funcionario judicial[106]. Se traduce para la doctrina en una suerte de confesión dentro del respectivo proceso[107]. Norma que para algunos era innecesaria dado el carácter de auténtico del reconocimiento efectuado en juicio[108]. En todo caso, el citado reconocimiento como es natural y expresamente indica el artículo 232 CC pone fin al juicio respectivo.

Precisamente porque el reconocimiento tiene que cumplir los requisitos generales señalados[109], se ha indicado que no procedería propiamente

---

[106] Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta Sala de juicio Única - Juez Unipersonal Nº 2, La Asunción, Sent. 13-7-04, J2-4.260-03, En http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/280-13-J2-4.260-03-.html, "Vista la diligencia de fecha 07 de Julio de 2004 suscrita por el Ciudadano ..., venezolano, mayor de edad, titular de la Cédula de Identidad N°..., mediante la cual expresa el RECONOCIMIENTO de la Niña identidad omitida, como su hija, procreada de su unión con la Ciudadana..., venezolana, mayor de edad, titular de la Cédula de Identidad N° ..., esta Sala de Juicio Única del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, en uso de sus atribuciones legales y de conformidad con el literal "a" Parágrafo Primero del Artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en concordancia con los Artículos 231 y 232 del Código Civil, donde el Artículo 232 a la letra dice: "El reconocimiento del hijo por la parte demandada pone término al Juicio sobre la filiación en todos aquellos casos en que el reconocimiento sea admisible...", acuerda Oficiar al Prefecto del Municipio Autónomo Arismendi y al Registro Principal del Estado Nueva Esparta, a los fines de que estampe la nota de RECONOCIMIENTO en la Partida de Nacimiento".

[107] Véase sobre dicha norma: Bocaranda, *Guía...,* p. 59; Bocaranda, *Análisis...,* p. 150; Viso, *Ob. Cit.,* p. 522, "... sin embargo, el reconocimiento del hijo (lo que equivaldría *mutatis mutandi* a una confesión) por la parte demandada pone término al juicio (Art. 232).

[108] Véase en este sentido: Perera Planas, *Análisis...,* p. 248, "En mi opinión resulta conmovedoramente infantil la aclaratoria que contiene. Si quien es demandado para que reconozca una determinada filiación, antes de terminar el procedimiento, hace un reconocimiento voluntario dentro de los términos señalados por la Ley, desde luego que el procedimiento termina por carecer de objeto. ¿Es acaso el ánimo de no dejar nada al intérprete?".

[109] Constituye un acto personalísimo y que de tener lugar a través de un tercero, precisa de un apoderado o mandatario con facultad expresa.

por un simple convenimiento de la demanda[110]. Para otros el convenimiento en la demanda se traduce en un reconocimiento voluntario[111]. Y al efecto, creemos que ciertamente el simple convenimiento o el reconocimiento que pretenda hacer el apoderado judicial del demandado en un juicio de inquisición de la paternidad, sin tener facultad expresa para efectuar el reconocimiento, se traduce en un incumplimiento de las formalidades esenciales por tratarse de un acto personalísimo. Contrariamente, cuando el demandado personalmente y con la debida asistencia realiza un convenimiento que exceda de la forma pura y simple (que evidencia la voluntad efectiva de reconocer) o efectúa el reconocimiento en cualquier etapa del proceso, o lo realiza mediante quien tenga facultad expresa para ello; ciertamente en tales casos, sí se cumple con los requisitos legales. Es decir, pensamos que en modo alguno el poder judicial general o especial otorgado por el demandado al abogado para que lo defienda en juicio de filiación faculta a éste a efectuar un acto personalísimo como el reconocimiento voluntario[112].

Por las razones que indicamos *supra*[113], no es posible referirse a "reconocimiento voluntario tácito", pues el mismo precisa de las formalidades o instrumentos citados.

4. EFECTOS

Como es natural, el reconocimiento supone el establecimiento *ipso iure o de derecho* de la correspondiente filiación por la sola voluntad

---

[110] Véase: CSJ/Cas, Sent. 24-2-94, J.R.G., T. 129, p. 498, "La recurrida violó igualmente el artículo 232 del Código Civil, al afirmar en el fallo recurrido que dicha disposición consagra la posibilidad del reconocimiento por vía del convenimiento de la demanda pura y simplemente, cuando en verdad dicha norma permite el reconocimiento voluntario, pero sólo en todos aquellos casos en que sea admisible, de conformidad con el Código".

[111] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 387, "Son acciones indisponibles como todas las de filiación pero sin embargo el demandado –pretendido padre o pretendida madre– pueden convenir en la demanda lo que equivaldría a un reconocimiento voluntario hecho mediante documento auténtico. Y el reconocimiento del hijo –hecho en cualquiera de las formas previstas al efecto por la ley– pone fin al juicio, por razones obvias. Así lo establece expresamente el art. 232 C.C."; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 130, " El reconocimiento voluntario también puede resultar de un convenimiento en el juicio de inquisición o de reconocimiento judicial de la filiación, conforme lo indique el Art. 232 del mismo Código Civil".

[112] Bien sea por vía de simple convenimiento o por un pretendido reconocimiento judicial.

[113] Véase *supra* N° VII.2.5.

de la ley[114], y por ende a partir del mismo, se derivan todos los efectos filiatorios[115] personales y patrimoniales correspondientes[116]. Realizado el reconocimiento, éste produce todos los efectos de ley, no pudiéndose limitar los deberes y derechos que lleva consigo[117]. Y así por ejemplo, tienen lugar los derechos-deberes inherentes al estado filiatorio; la obligación o deber de alimentos, el derecho de visita, la titularidad de la patria potestad, sucesiones, etc. De tal suerte, que con la simple prueba del instrumento que acredita el reconocimiento, el hijo podrá hacer efectiva la correspondiente acción de pensión de alimentos a falta de cumplimiento voluntario del progenitor, los derechos de contenido sucesoral, etc.

Paralelamente, con el mero reconocimiento, el progenitor reconociente podrá hacer valer las correspondientes facultades-potestades y acciones derivados del respectivo estado filiatorio. Y así por ejemplo, el progenitor podría ejercer todas las acciones que la ley consagra a su favor tales como, derecho de visita, privación de patria potestad, privación de guarda, modificación de guarda, etc.

El tiempo del reconocimiento era importante a los fines del ejercicio compartido de la patria potestad a los efectos del antiguo artículo 350 de la LOPNA, pero la Reforma de 2007 (LOPNNA), en ese mismo artículo consagró el ejercicio compartido en todo caso.

---

[114] Indican Diez-Picazo y Gullón que los efectos derivados del negocio jurídico emanan de la ley más que del acto mismo, pues la voluntad privada no tiene el poder de crear los efectos, sino el ordenamiento jurídico (Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* Vol. I, p. 474). Agregan los autores en cuanto a la causa del negocio jurídico familiar que el legislador presume que por haberse manifestado la voluntad por medio de las formas y solemnidades que él impone, las partes quieren los mismos fines que ha tenido en cuenta preventivamente la norma. (*Ibíd*., p. 509).

[115] Sin embargo, Planiol y Ripert indican que se suele incurrir en el error de hablar de los efectos del reconocimiento y lo cierto que éste no produce efectos, pues no es un acto, sino un medio probatorio destinado a probar un hecho que es la filiación, y este hecho cuando está legalmente probado es el que produce diversos efectos jurídicos (*Ob. Cit.,* p. 223).

[116] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 384. Véase sobre los efectos del reconocimiento: López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 152-157, el autor cita la identidad, el derecho a usar los apellidos, los deberes inherentes a la patria potestad, deber de alimentos, la vocación hereditaria, etc.

[117] Alemany Verdaguer, *Ob. Cit.,* p. 77.

Vale indicar, dado su carácter personalísimo, como es natural y se desprende del artículo 223 del CC que el reconocimiento únicamente produce efectos para el progenitor que lo efectúa y los parientes de éste[118].

Así prevé el artículo 223 del CC:

> El reconocimiento hecho separadamente por el padre o la madre sólo produce efectos para quien lo hizo y para los parientes consanguíneos de éste. El reconocimiento del concebido sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre.

Es lógico que el reconocimiento sólo produzca efectos para quien lo realiza por ser un acto personalísimo y trascendente en materia filiatoria. Mal podría la declaración de una persona distinta al sujeto activo, generar efectos filiatorios. De allí que la indicación que realice alguien, aunque fuere progenitor, en cualquier instrumento sobre la pretendida paternidad o maternidad de otra persona carece de eficacia si tal manifestación no emana inequívocamente del interesado. Recordemos que se trata de un acto personalísimo[119].

Al efecto indica acertadamente Domínici que

> La indicación o mención que haga el padre acerca de la madre, o la madre con relación al padre, en el acto o escritura de reconocimiento es absolutamente ineficaz, debe considerarse como no puesta. No anula el acto en manera alguna, el cual valdrá para el que reconoce nada más, si tiene derecho de hacerlo[120].

---

[118] Véase en este sentido: Viso, *Ob. Cit.,* p. 516; Bocaranda, *Guía...,* p. 57; Bocaranda, *Análisis...,* p. 147

[119] Véase *supra* N° VII.2.9.

[120] Domínici, *Ob. Cit.,* p. 324. Véase también: Perera Planas, *Análisis...,* p. 231, "En los comentarios de artículos anteriores, cuando señalé los caracteres del reconocimiento, se apuntó una nota acerca de la unilateralidad de ese acto jurídico. Indiqué igualmente que se trata de un acto personalísimo, que produce efectos para quien lo hace y para el hijo reconocido cuando es menor. En el caso del hijo mayor de edad, se requiere su consentimiento o aceptación. De tal carácter deriva el hecho de que el reconocimiento de uno de los padres solamente produce efectos para quien lo hace, y no involucra el reconocimiento ni produce efectos respecto del otro. A ello se refiere la norma. En cuanto a los parientes consanguíneos de quien hace el reconocimiento, es lógico que estén afectados por los efectos, toda vez que, establecido el nexo de filiación entre el hijo y el padre que hace el reconocimiento, se establecen, a su vez, los nexos correspondientes con los que, por la sangre, están unidos al progenitor que dicta su reconocimiento".

5. NORMAS ESPECIALES

5.1 *PAPEL DE LA POSESIÓN DE ESTADO*

La posesión de estado, a saber, la apariencia de ser titular de un estado civil familiar determinado y por ende comportarse conforme con el contenido de dicho estado[121], juega un papel interesante en materia de reconocimiento. En efecto, los artículos 219 y 220 del CC contienen previsiones en este sentido.

La ley pretende evitar el reconocimiento de un hijo fallecido con el solo objeto de beneficiarse económicamente[122]. Así, de conformidad con el artículo 219 del Código Sustantivo, la posesión de estado permite disfrutar de los *efectos sucesorales* en caso de *reconocimiento de un hijo muerto*. La citada norma dispone: "El reconocimiento que se haga de un hijo muerto no favorece como heredero al que lo reconoce, sino en el caso de que éste pruebe que aquél gozaba en vida de la posesión de estado". Por otra parte, según el citado artículo 220 *eiusdem*, la posesión de estado *suple o dispensa el consentimiento del cónyuge y descendientes en el caso de reconocimiento de un hijo mayor de edad fallecido*. Esto pues, según indicamos[123], el reconocimiento del hijo mayor de edad precisa de su consentimiento y en caso de muerte de éste, del de los familiares indicados.

5.2 *RECONOCIMIENTO DEL CONCEBIDO*

El artículo 223 CC luego de establecer el carácter unilateral de los efectos del reconocimiento agrega: "*...El reconocimiento del concebido sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la ma-*

---

[121] Véase: artículo 214 CC.

[122] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 92; López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 428; López Herrera, *Anotaciones...,* pp. 758 y 759, la norma tiene por objeto evitar los abusos y eventuales litigios que derivarían del hecho de que por puro interés económico, aparecieran padres naturales póstumos a la persona fallecida, cuando dichos progenitores se desentendieron de su deber de alimentar, asistir y educar al hijo, en vida de éste. Véase también: Viso, *Ob. Cit.,* p. 515, la norma es clara por cuanto de no ser así ello se prestaría a muchos reconocimientos interesados *post mortem*; pero sí puede hacerse el reconocimiento en favor de los descendientes del premuerto, pues ello iría en beneficio de éstos, no del que reconoce.

[123] Véase *supra* N° VII.2.6.

dre". Esto no es sino una consecuencia de la norma contenida en el artículo 17 *eiusdem,* que no obstante la carencia de personalidad jurídica del concebido, prevé que "*El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo*".

Así pues, ciertamente el reconocimiento del concebido se trata de su bien porque supone el establecimiento anticipado de su filiación al hecho futuro del nacimiento, permitiéndole el goce inmediato de sus derechos filiatorios y evitándole con ello el posible ejercicio de las acciones correspondientes[124]. Sin embargo, ante la incertidumbre que supone el hecho oculto de la concepción, en tal caso, la ley ha considerado conveniente, a los fines de la seguridad jurídica que el reconocimiento del concebido precise de la intervención conjunta de ambos progenitores, a saber, padre y madre[125].

Por supuesto, recordemos que el concebido no tiene personalidad o existencia legal[126] porque la misma está subordinada al nacimiento con vida[127], por lo que dicho reconocimiento encontrará efectiva aplicación, al instante que el feto se convierta en persona[128].

5.3 *POSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO POR LOS ASCENDIENTES*

Sobre tal supuesto, consagrado en el artículo 224 del CC, véase *supra* N° VII.2.9.

[124] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 105, "...mediante el uso del Art. 223, es posible el reconocimiento voluntario del nasciturus por parte del padre y/o de la madre, en forma conjunta, ya que con el acto de reconocimiento se le garantiza al futuro hijo el goce de sus derechos eventuales".

[125] Véase sobre la presente norma: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 372 y 374; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 197; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 130; Viso, *Ob. Cit.,* pp. 516 y 517; Perera Planas, *Análisis..,* pp. 231 y 232; Bocaranda, *Guía...,* p. 57; Bocaranda, *Análisis...,* p. 147; García de Astorga, *Principales...,* p. 68. Véase sobre el reconocimiento del nasciturus: López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 123-130.

[126] A pesar de tener "vida" o existencia natural, a partir de la concepción.

[127] Esto es, a que tenga vida una vez que ha salido del claustro materno. Por aplicación de la teoría de la vitalidad que acoge nuestro ordenamiento en el artículo 17 CC.

[128] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 232, "Torres Rivero ... manifiesta al respecto ... está supeditado –condición *juris*– a que el reconocido llegue a ser realmente persona...
No se requiere y en ello está acorde la doctrina y la jurisprudencia que el niño nazca en condiciones de vivir, bastando con que nazca vivo y aunque muera de inmediato".

5.4 *RECONOCIMIENTO EN CASO DE DIVORCIO POR 185A CC (ART 225 CC)*

El artículo 225 del CC dispone:

> Se puede reconocer voluntariamente al hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185A de este Código, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio.

Tal posibilidad de reconocimiento del hijo matrimonial por parte de un tercero en caso de divorcio conforme al artículo 185A CC, supone necesariamente que el período de la concepción se incluya en el lapso de separación de la ruptura prolongada[129]. Con base a dicha norma, se ha considerado acertadamente que es posible el reconocimiento de un hijo nacido en dicho período de separación sin el ejercicio previo de la acción de desconocimiento de la paternidad por parte del esposo de la madre[130]. Ese reconocimiento ciertamente se refiere a un tercero y no al esposo de la madre, respecto de quien, a falta de tal reconocimiento, procedería la correspondiente presunción de paternidad[131].

---

[129] Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 379; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 113; Bocaranda, *Guía...,* p. 57; Bocaranda, *Análisis...,* p. 148; Perera Planas, *Análisis...,* p. 234; La Roche, *Ob. Cit.,* pp. 74 y 75; Harting, *Ob. Cit.,* p. 265; de Astorga, *Principales...,* p. 68.

[130] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 122; Torres-Rivero, *Mis Comentarios...,* 1984, p. 46, "185A, que es nuevo, y su secuela del 225 nuevo no están en el Proyecto de Ley de Reforma sino que fueron introducidos por la Comisión Especial del Senado (según ella, '...de manera de agilizar la solución de problemas que se presentan al querer reconocer un hijo cuya madre está legalmente casada, pero de hecho, no lleva vida en común con su esposo desde hace mucho tiempo') y no tuvieron añadido."

[131] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 197 y 198, "Cuando la mujer casada ha permanecido separada de hecho de su marido, por más de cinco años y obtiene la disolución del vínculo matrimonial de conformidad con lo dispuesto en el Art. 185-A del Código Civil, el padre verdadero puede reconocer al hijo concebido durante este período, cuando la concepción coincida con dicho período. Es así como interpretamos la confusa redacción del art. 225 del CC.
No podemos creer que el legislador reformista pretenda referirse al marido separado; puesto que mediante la presunción establecida en el Art. 201 C.C., a él se le tiene como padre hasta prueba en contrario. Por lo que, si acepta su paternidad, no necesita reconocer al hijo. Si la desconoce y la impugnación es declarada con lugar, el verdadero padre podrá reconocerlo".

Al efecto indica atinadamente César Ramos que en el artículo 225 el Código no ha sujetado el reconocimiento voluntario al desconocimiento judicial previo[132]. En el mismo sentido se pronuncia Arturo Torres-Rivero, quien acertadamente afirma que en tal supuesto, la presunción de paternidad deja de tener efecto en caso de reconocimiento[133]. De tal

[132] Ramos Sojo, *Situaciones de Hecho...,* pp. 382 y 383. Véase igualmente: Ramos Sojo, *Unidad...,* p. 139, "... el dispositivo del actual artículo 225, que admite el reconocimiento voluntario del hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamentos en el artículo 185A del mismo Código, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio.
Lógicamente, el hijo concebido en ese lapso también estaba amparado por las presunciones y atribución legal de paternidad en el marido. No obstante, el Código no ha sujetado el establecimiento de la filiación en ese caso al desconocimiento judicial previo...".
[133] Véase: Torres Rivero, *Mis comentarios...,* 1987 pp. 67 y 68, indica que el "225 nuevo no contempla la acción de desconocimiento, primero, y la posibilidad de reconocimiento, después, lo que consagra es esto último nada más, o sea, que ese 'hijo concebido durante el matrimonio...' es reconocible, aun cuando no haya sentencia que lo declare desconocido, por lo que si alguien reconoce a ese hijo resulta inocua la presunción legal de paternidad que descansa en la concepción ..., y, entonces, no se presume que el padre es el marido de la madre sino que legalmente es padre el reconociente, quien reconoce.
La situación se plantea como si la presunción legal de paternidad sobre ese hijo estuviere condicionada a que alguien no le reconozca, es decir, algo así como una condición resolutoria, puesto que la presunción legal de paternidad que funciona sobre ese hijo deja de tener efecto si éste es reconocido.
Aunque hay algo parecido a lo que en él ocurre, no podría hablarse de 'desconocimiento automático', el cual no conocían quienes propusieron el 225 nuevo, ya que no mencionan y para nada lo tuvieron en cuenta. Además, por lo excepcional, cualquier 'desconocimiento automático' debe estar previsto diáfanamente y no quedar a merced de la interpretación.
Cabe destacar que el reconocimiento previsto en el 225 nuevo es cuando ya está extinguido el matrimonio por disolución 'con fundamento en el artículo 185A'. Por lo tanto, mientras exista el matrimonio y no haya tal extinción –incluso habiendo una separación de cuerpos de hecho, aun mayor de cinco años, prolongadísima–, no es posible dicho reconocimiento, puesto que para éste es menester que el matrimonio esté 'disuelto con fundamento en el artículo 185A', es presupuesto indispensable –similar a, algo así como, una prejudicialidad de lo civil en lo civil– el divorcio por el 185A, cuya demostración se hará mediante la respectiva sentencia, la cual ha de producirse –'la fuerza probatoria de la sentencia'–.
En definitiva, ese hijo puede ser reconocido. ¿Por quién? ¿Por el marido de la madre presunto padre o por el tercero que es o se considera o dice ser el padre biológico o verdadero?
En la filiación matrimonial no hay reconocimiento del hijo, no se reconoce al hijo matrimonial, éste tiene el estado filial óptimo, está amparado por las presunciones legales de paternidad. En el caso, ese hijo, protegido por la presunción legal de paternidad que descansa en la concepción, ¿para qué va a ser reconocido por quien es presunto padre? El reconocimiento por el marido de la madre no tendría sentido, por lo inútil. Entonces, 225 nuevo se refiere al reconocimiento de ese hijo por el tercero que es o se considera o dice ser el padre biológico o verdadero, lo cual, si bien a veces por lo cierto es sincero –debido a que realmente el padre de ese hijo es el reconociente y no el marido de la madre–, no deja de ser peligroso, ya que es factible que el reconocimiento lo haga cualquier tercero valido de la circunstancia de la separación de cuerpos hecho que ha dado lugar al divorcio por el 185A".

suerte, que el divorcio con base al artículo 185A CC permite que el reconocimiento haga cesar automáticamente la presunción de paternidad[134]. Tal norma, al margen de las críticas[135], pretende facilitar la correspondencia entre la verdad biológica y la legal, sin precisar de previo procedimiento jurisdiccional filiatorio.

6. IMPUGNACIÓN Y NULIDAD

Las vías procesales para atacar la *falsedad* o *validez* del reconocimiento son dos: la *impugnación* y la *nulidad*, respectivamente[136].

La *impugnación* del reconocimiento tiene lugar si la filiación no se corresponde con la realidad biológica; pretende atacar el reconocimiento falso[137]. De tal suerte, que en dicho juicio, se deberá probar la falta de correspondencia con la verdad biológica[138]. "Cuando se impugna el reconocimiento lo que debe sostener el actor es que la realidad de la filiación declarada no es verdadera, o sea, que el reconocido no es, realidad, hijo de quien lo reconoció"[139]. Recordemos que de conformidad con el artículo 221 del CC, puede impugnar la filiación todo el que tenga interés en ello, como sería el caso del verdadero progenitor[140], la madre o el

---

[134] Sobre la diferencia del citado artículo 225 con el artículo 203 relativo a la acción de desconocimiento en caso de divorcio, véase: Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1987, pp. 68 y 69,

[135] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 428 y 430.

[136] De allí que López Herrera se refiera a que la ineficacia del reconocimiento deriva de su nulidad o su impugnación (*Anotaciones...,* p. 759). Véase refiriéndose a la ineficacia del reconocimiento voluntario e incluyendo en éste la nulidad y la impugnación: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 433-438.

[137] Véase: López Herrera, *Anotaciones...,* pp. 763 y 764; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 386; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 132; Rotondi, *Ob. Cit.,* p. 577, la impugnación procede por falta de veracidad; De Ruggiero, *Ob. Cit.,* p. 209.

[138] Las experticias científicas jugarán un papel fundamental en este sentido.

[139] AMCSFM2, Sent. 22-10-99, J.R.G., T. 158, pp. 137-139, agrega la decisión que "Constituiría un grave precedente judicial aceptar una demanda de impugnación de paternidad alegando irresponsabilidad paterna, que las relaciones entre padre e hija se han deteriorado, que hay agresiones, que la hija no le quiere ver más o que no se dirigen la palabra; por lo cual es improcedente la presente demanda por falta de sustento legal; y así se declara".

[140] Véase en este sentido: Sala de Juicio Unipersonal N° 2 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, extensión Barlovento, Sent. 17-2-03, Exp: 02/2438, En: http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2003/febrero/98-17-02-2438-.html, la decisión declaró con lugar la acción de impugnación del reconocimiento intentada por el verdadero progenitor.

hijo. La impugnación, obviamente, precisa de una filiación legalmente establecida[141].

El referido artículo 221 CC, si bien establece el sentido irrevocable del reconocimiento, no obstante consagra también el carácter impugnable del mismo por todo el que tenga interés en ello[142]. Alguna decisión judicial indica que entre los terceros interesados a los fines de la impugnación puede encontrarse el mismo reconociente[143] lo que contradictoriamente se traduce en una forma procesal de atacar el pro-

[141] Véase: Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Estado Táchira, Sent. 16-5-05, exp. 26354, http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/1343-16-26354.html, no se evidencia que se haya establecido la filiación paterna de la referida niña con respecto al ciudadano ..., ni por reconocimiento voluntario de éste, ni por vía judicial, por lo que es improcedente impugnar una paternidad que no está legalmente establecida, por lo que lo procedente es declarar sin lugar la demanda interpuesta".

[142] Véase: TSJ/SCC, Sent. 00172 del 11-3-04, J.R.G., T. 209, pp. 525-528, "El derecho a impugnar el reconocimiento de un hijo está consagrado en el artículo 221 del que Código Civil, que incluso prevé la posibilidad de reclamar una filiación distinta de la atribuida por la partida de nacimiento, lo cual supone la impugnación de aquella declarada en dicho documento público. Eso fue lo ocurrido en el caso concreto, pues consta de los hechos establecidos en la sentencia recurrida que el actor impugnó la paternidad declarada en su partida de nacimiento, y reclamó otra distinta, que es precisamente el supuesto de hecho contemplado en el referido artículo 221 del Código Civil, el cual fue erróneamente interpretado por el Juez de la recurrida". Véase también: Barbero, *Ob. Cit.,* p. 128, el carácter irrevocable del reconocimiento, no impide sin embargo, que el reconocimiento pueda ser impugnado.

[143] Véase: AMCSFM1, Sent. 7-4-99, J.R.G., T. 153, p. 65, "El debate tal como ha sido planteado en esta instancia se limita a determinar la legitimidad o no que tiene el actor a impugnar la paternidad del hijo, que el mismo ha establecido a través de un acto de reconocimiento voluntario. El demandado ha invocado como fundamento de su acción de impugnación de reconocimiento, el art. 221 del Código Civil.

En cuanto al primer aspecto que se refiere a la imposibilidad de ser revocado por parte de quien lo ha hecho, es decir, por parte del padre o por la madre, queda sentado el criterio del legislador de que una vez efectuado el reconocimiento no admite arrepentimiento o modificaciones unilaterales por parte de quien lo hizo conforme a la Ley. En consecuencia, este principio de la irrevocabilidad del reconocimiento va directamente dirigido a los progenitores, quien no podrán retractarse sobre la paternidad o maternidad previamente manifestada. La segunda parte del artículo consagra la acción de impugnación del reconocimiento, lo cual es asunto distinto por cuanto se trata del ejercicio de una facultad dirigida a cuestionar en forma contradictoria un derecho debidamente consagrado; en este caso la posibilidad de atacar en vía jurisdiccional y a través de un debate contradictorio el reconocimiento voluntario. Dicho de otra manera, contradecir en forma dialéctica y probatoria ante un órgano judicial el acto del reconocimiento, correspondiéndole a dicho órgano la resolución de lo debatido; asunto que es, desde el punto de vista jurídico, absolutamente distinto al carácter irrevocable del reconocimiento voluntario.

pio reconocimiento[144], en tanto que otra decisión judicial niega tal posibilidad al reconociente dado el carácter irrevocable del acto[145]. En todo caso, pareciera que tal posibilidad debe verse con recelo porque de lo contrario siempre sería posible al reconociente impugnar la verdad biológica del acto quitándole por vía procesal el carácter irrevocable a éste. De allí que para algunos a pesar de la legitimación activa ominicomprensiva que implica la impugnación por inexistencia de vínculo biológico, no se debe permitir la impugnación si el reconociente estaba consciente de la falsedad de su manifestación porque el reconocimiento no puede estar sometido a tales vicisitudes ni debe permitirse alegar la propia torpeza[146]. Por tal razón, indica De Ruggiero que aun cuando el reconocimiento es irrevocable puede ser impugnado si es contrario a la verdad por error excusable[147].

...Quien suscribe este fallo considera que al haber penetrado el Derecho de Familia Venezolano en la búsqueda de la verdad de la filiación, dejando atrás los criterios que favorecían que era más saludable para las familias mantenerse en filiaciones mentirosas, al incorporarse en la reforma del 82 acciones de desconocimiento y de impugnaciones de filiación no permitidas anteriormente, cabe interpretar que la frase del artículo 221 "... y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello", no excluye a los progenitores que reconocieron al hijo... Por otra parte el padre o la madre pueden tener interés legítimo en la impugnación y al no estar expresamente excluidos por el legislador no tiene por qué hacerlo el intérprete. No estando entonces los padres especialmente excluidos de la acción de impugnación de reconocimiento establecida en el art. 221 del Código Civil, no pueden ser considerados como excluidos del ejercicio de tal acción. Por lo tanto, establece este Tribunal Superior que el ciudadano ... es legitimado activo para ejercer la acción de impugnación de reconocimiento prevista en el artículo 221 del Código Civil y así se declara". Véase, sin embargo, declarando con lugar recurso de casación contra dicha decisión: TSJ/SCS, Sent. N° 87 del 12-4-00, En: www.tsj.gov.ve. Véase en el mismo sentido de la citada decisión del Juzgado Superior: AMCSFM1, Sent. 21-2-00, J.R.G., T. 162, pp. 73 y 74. Véase también, indicando que el propio reconociente puede atacar el reconocimiento, tanto por nulidad como por impugnación: López Herrera, *Anotaciones...*, p. 741; López Herrera, *Derecho...*, T. II, p. 438.

[144] Indica D'Jesús que la tendencia es negarle al autor del reconocimiento la impugnación si con él se ha incorporado al hijo a la familia matrimonial (*Ob. Cit.*, p. 132).

[145] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 25-4-06, Exp. 066049, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/99-25-06-6049-.html "Artículo 221. El reconocimiento... De allí que nuestra legislación, si bien prohíbe la revocatoria del reconocimiento por la persona que la efectuó, prevé la impugnación del reconocimiento por el mismo hijo y por cualquier persona que tenga interés legítimo, de lo que se colige que, la persona que efectúa el reconocimiento carece de cualidad e interés para impugnarlo, siendo evidente la prohibición expresa de la ley a este respecto, por lo que, a juicio de quien decide, es necesario acotar la norma estipulada en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil".

[146] Méndez Costa, *Ob. Cit.*, pp. 353 y 354.

[147] De Ruggiero, *Ob. Cit.*, p. 209.

Si al margen de las precisiones procesales, se considerase la impugnación en sentido amplio, como el género que constituye un medio de atacar procesalmente la figura en estudio, ésta podría incluir a su vez, lo que la doctrina ha denominado "*impugnación*" propiamente dicha (por falsedad biológica) así como la "*nulidad*"[148]. De allí que para algunos, se podría justificar que el propio reconociente bajo ciertos supuestos pueda ir procesalmente contra dicho acto.

Al efecto, ha indicado el Tribunal Supremo de Puerto Rico: "En esencia, no se permite al reconocedor arrepentirse. La impugnación, sin embargo, es un supuesto distinto, que se refiere no a un acto de voluntad contradictorio, sino a la acción de cuestionar en los tribunales la validez y efectividad jurídica del acto de voluntad original, por fundamentos jurídicos aceptados por el ordenamiento. Así, el principio de irrevocabilidad prohíbe al reconocedor invalidar su propia declaración anterior, o sea, arrepentirse, mientras la acción para impugnar un reconocimiento voluntario tiene como objeto que el estado deje sin efecto una filiación extramatrimonial legalmente establecida"[149]. Y la doctrina en base a tal distinción ha reconocido tres acciones tendentes a impugnar el reconocimiento, cada una por distintos fundamentos: la de nulidad absoluta del reconocimiento; la segunda es la acción de impugnación por vicios en el consentimiento; una tercera vía de impugnación del reconocimiento tiene lugar por no coincidir éste con la

[148] Véase al respecto: De la Cámara Álvarez, Manuel: *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el Derecho español.* Madrid, edit. Tecnos, 1975, p. 72: "No me parece demasiado importante que el artículo 138 hable de impugnación, pues el tecnicismo del Código dista mucho de ser preciso, y en sentido lato, no es del todo incorrecto llamar acción impugnatoria a la que se ejercita para que los Tribunales declaren la nulidad originaria de un acto. Véase sobre la impugnación: *Ibíd*., pp. 75 y ss. Así la expresión impugnar según el Diccionario de la Lengua Española se asocia a "combatir, contradecir, refutar". (Madrid, Real Academia Española, 21ª edic., 1992, T. II, p. 1.149).

[149] Tribunal Supremo de Puerto Rico, Número del Caso: CC-2002-367, Fecha: 8 de abril de 2005, Impugnación de Paternidad. En: www.tribunalpr.org/opiniones/2005/2005TSPR45.rtf

realidad biológica[150]. Se agrega así que la doctrina ha distinguido diversas formas de impugnación en sentido amplio[151].

Por su parte, la *nulidad* del reconocimiento, tiene lugar –al margen de la realidad de la filiación–, por incumplimiento de ciertos requisitos legales esenciales[152]. Se cita, como causas de nulidad relativa del acto del reconocimiento las que atañen a la generalidad de los actos o negocios jurídicos, como es el caso de la falta de capacidad legal o la existencia de vicios del consentimiento[153]. Algunos colocan entre otras, como causa de nulidad absoluta que el documento contentivo del reconocimiento sea un simple instrumento privado y no auténtico[154], aun cuando para otros ello se asimila más bien a inexistencia, no obstante precisarse la anulación[155]. No creemos según indicamos que el reconocimiento sometido a carga o condición sea nulo sino que en principio dicha condición debe tenerse como no escrita[156]. El carácter sobre la nulidad (nu-

---

[150] Tribunal Supremo de Puerto Rico, Número del Caso: CC-2002-367, Fecha: 8 de abril de 2005, Impugnación de Paternidad. En: www.tribunalpr.org/opiniones/2005/2005TSPR45.rtf, Agrega la citada sentencia: algunos autores diferencian entre la "impugnación del reconocimiento" y la "impugnación de filiación", porque la primera se limita a impugnar el reconocimiento por vicios en el consentimiento solamente y la segunda se refiere a situaciones en las que se ataca la relación biológica. Eso llevó al Máximo Tribunal de Puerto Rico a considerar pertinente las pruebas científicas cuando se impugna un reconocimiento voluntario por no coincidir éste con la realidad biológica; siendo así el elemento básico de la filiación es la realidad biológica, la validez de un reconocimiento está vinculada a la veracidad del mismo y que el ordenamiento jurídico impera una política pública sobre la búsqueda de la verdad en cuanto a la filiación.

[151] Véase en cuanto a la impugnación en general: Méndez Costa, *Ob. Cit.,* pp. 353-360, la autora distingue entre la impugnación del reconocimiento por inexistencia del vínculo de la impugnación del reconocimiento por inexistencia o nulidad del acto correspondiente. Respecto a la inexistencia coloca el ejemplo del reconocimiento verbal o del realizado en acto privado, aunque señala respecto de este último que será necesaria se ordene anulación. En torno a las causas de nulidad distingue las generales (incapacidad, falta de discernimiento, violencia) que da lugar a la nulidad relativa de las causas de nulidad específicas afectadas de nulidad absoluta (inconformidad del estado del reconocido y aquel por el que pretende emplazarse o reconocimiento del adoptado) (*Ibid*., pp. 356-358).

[152] Véase: Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 223; López Herrera, *Anotaciones...*, pp. 761-763; Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 385 y 386.

[153] Véase artículo 1.142 CC. Véase: López Herrera, *Anotaciones...*, pp. 762 y 763; Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 385 y 386.

[154] Véase: López Herrera, *Anotaciones...,* pp. 761 y 762, agrega que es igualmente nulo, el reconocimiento no personal, el que no contiene la identificación precisa de los sujetos activo y pasivo. En el mismo sentido: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 385.

[155] Véase: Méndez Costa, *Ob. Cit.,* p. 356.

[156] Véase *supra* N° VII.2.7.

lidad absoluta) o anulabilidad (nulidad relativa) está sometido obviamente a las condiciones o teoría general sobre la materia. La misma consideración vale respecto a la prescripción[157].

7. CAPACIDAD DE OBRAR

Vale preguntarse en torno a la capacidad de obrar[158] para efectuar válidamente el negocio jurídico del reconocimiento[159]. Cabría decir entonces que para realizar el mismo se precisa tener capacidad de obrar[160], aun cuando la ley prevé una norma que le concede al menor de edad capacidad plena o capacidad limitada según la edad de que se trate.

En efecto indica el artículo 222 del CC[161]:

> El menor que haya cumplido dieciséis años de edad puede reconocer válidamente a su hijo; también podrá hacerlo antes de cumplir dicha edad, con autorización de su representante legal y, en su defecto con la del juez competente, quien tomará las providencias que considere oportunas en cada caso[162].

Se aprecia así que la ley excepcionalmente le concede al menor de edad capacidad de obrar a los fines del reconocimiento. Esa capacidad de obrar es *plena*, es decir, el menor podrá actuar por sí solo, si ya cuenta con dieciséis (16) años de edad. Ahora bien, si el menor tiene menos de tal edad, es decir, quince (15) años o una edad inferior,

---

[157] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 133, la impugnación de la filiación tiene para los terceros interesados en principio un lapso de prescripción de diez (10) años de conformidad con el artículo 1977 CC. Véase; artículo 1.346 CC que prevé prescripción de cinco (5) años respecto de la nulidad. Véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 385; López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 237, si trata de casos de nulidad absoluta la acción no está sometida a plazo de prescripción o caducidad.

[158] Es decir, tiene la posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia.

[159] Véase sobre la capacidad para reconocer: López Herrera, *Anotaciones...,* pp. 753 y 754.

[160] Véase: Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 482.

[161] Véase en el mismo sentido: art. 22 LPFMP; "Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela", (*Gaceta Oficial* N° 37.771 del 9 de septiembre de 2003), artículo II.1.2.2.1.

[162] Sobre tal norma, véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 374; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 197; Torres-Rivero, *Mis comentarios...,* 1987, p. 92; D´Jesus, *Ob. Cit.,* p. 130; Viso, *Ob. Cit.,* pp. 515 y 516; Bocaranda, *Guía...,* p. 57; Bocaranda, *Análisis...,* p. 147; Perera Planas, *Análisis...,* p. 230; García de Astorga, *Principales...,* p. 68.

tiene capacidad limitada a los fines del reconocimiento, esto es, precisa de autorización de su representante legal y a falta de ésta, del Juez competente. Permite así nuestro ordenamiento jurídico que el adolescente con menos de dieciséis años pueda efectuar el reconocimiento de un hijo con la correspondiente autorización, y fue sabia la ley al consagrar la participación judicial a los fines de suplir la intervención del representante legal a objeto de que no quede dicho acto a la sola voluntad de éste.

En cuanto a los mayores de edad incapaces de obrar, debemos distinguir entre los entredichos y los inhabilitados. Recordemos que los primeros están sometidos a una incapacitad absoluta y en consecuencia a un régimen de representación en tanto que los últimos a una incapacidad relativa y por ende a un régimen de asistencia[163]. Sin embargo, en cuanto a la interdicción debe distinguirse al entredicho judicial del entredicho legal, a saber, el entredicho por enfermedad mental producto de un proceso judicial[164] del entredicho por condena penal como pena accesoria a la de presidio de conformidad con el artículo 23 del Código Penal[165]. Ciertamente el entredicho judicial por estar afectado de una enfermedad mental grave y habitual que le priva su discernimiento no podrá realizar un acto de tanta trascendencia como el reconocimiento filiatorio; y el mismo no podrá ser efectuado por su representante legal porque dicha representación no se extiende en modo alguno a actos personalísimos[166]. En consecuencia, por ser el reconocimiento un acto personalísimo precisa ser hecho por el propio interesado y si éste lo realiza siendo un incapaz de obrar absoluto dicho acto o negocio jurídico está afectado de nulidad por falta de capacidad legal de conformidad con el artículo 1.142, ordinal 1° del Código Civil[167]. La circunstancia de

[163] Véase sobre este aspecto: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Reflexiones sobre la representación y la asistencia de los incapaces.* En: *Revista de Derecho N° 11.* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 273-282. Véase igualmente sobre la interdicción e inhabilitación, bien sea judicial o legal: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 259-383.
[164] Véase artículo 393 CC.
[165] Véase también artículo 408 CC.
[166] Véase: Cicu, *Ob. Cit.,* p. 216, respecto a la interdicción no se admite la representación legal para el reconocimiento.
[167] Véase: López Herrera, *Anotaciones...,* p. 754, el reconocimiento del hijo llevado a cabo por el entredicho es siempre anulable.

que pueda haber sido efectuado en un intervalo de lucidez[168], a nuestro criterio, constituye una circunstancia que requiere ser probada en el correspondiente juicio de nulidad porque de lo contrario pesa sobre sí la presunción de incapacidad[169].

Por su parte, el entredicho penal o condenado a presidio no obstante precisar de representación legal para subsanar su incapacidad legal, la misma se limita al ámbito negocial patrimonial, pues el artículo 23 del Código Penal, limita la sanción a la administración de sus bienes por acto entre vivos. De ello, se ha interpretado claramente que por mantener intacto el discernimiento, el entredicho legal podría realizar libremente negocios jurídicos de contenido personal, ajenos a la administración de sus bienes, tales como reconocimiento de hijo extramatrimonial, casarse, etc.[170]

Finalmente, en cuanto al inhabilitado[171], vale recordar que el mismo en principio precisa de la asistencia del curador para realizar actos que excedan de la simple administración. El inhabilitado conserva el libre gobierno de su persona porque la causa que limita su capacidad de obrar no es considerada de tal magnitud a los fines de privarle su discerni-

[168] Véase señalando que acoge la posición doctrinaria que reconocimiento puede realizarse en un intervalo de lucidez, López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 119 y 120.

[169] Así mismo, la falta de capacidad natural, no obstante la capacidad legal, en el caso del demente no entredicho, puede afectar igualmente de nulidad un negocio jurídico (reconocimiento), porque la ausencia de discernimiento se traduce en la falta de consentimiento como elemento esencial del contrato de conformidad con el artículo 1.141 CC. Véase sobre tal posibilidad: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 72-76; Mélich Orsini, *Ob. Cit.,* pp. 84-87; García de Astorga, Amarilis: *La Administración de la Comunidad Conyugal en situaciones de incapacidad de los cónyuges.* En: *Libro Homenaje a José Mélich Orsini,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, Vol. I, pp. 515 y 516. Véase también: López Herrera, *Anotaciones...,* p. 754, igualmente es anulable el reconocimiento efectuado por el sujeto que no se encuentra en su sano juicio.

[170] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* p. 378.

[171] Actualmente sólo subsiste la inhabilitación "judicial" pues la inhabilitación legal del artículo 410 del CC fue derogada por la Ley para las personas con discapacidad (G.O. 38.598 del 5-1-07). Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La derogatoria de la inhabilitación legal.* En: *Revista de Derecho N° 26,* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 223-249.

miento[172]. Si en efecto, se analiza la enumeración de los actos que indica el artículo 409 del CC a los fines de precisar la asistencia del curador se concluirá que se trata de actos de contenido patrimonial. En consecuencia, en razón de que el inhabilitado posee el autogobierno de su persona porque tiene discernimiento o no se le afecta sustancialmente[173], y la asistencia del curador es exclusiva del ámbito pecuniario, ha de concluirse que por tratarse el reconocimiento de un negocio jurídico no patrimonial de carácter personalísimo, el inhabilitado podrá realizarlo libremente, es decir, sin necesidad de asistencia del curador[174]. En consecuencia, no procede la nulidad por falta de capacidad del reconocimiento efectuado por el inhabilitado[175]. Recordemos que las limitaciones a la capacidad no pueden ser objeto de analogía, las normas respectivas debe ser objeto de interpretación estricta.

---

[172] Y así por ejemplo, la inhabilitación no es causa de exclusión del ejercicio de la patria potestad como lo es la interdicción, sino que el inhabilitado sí es titular de la patria potestad porque ejerce directamente la responsabilidad de crianza o antigua guarda, pero los atributos de representación y administración, no los tiene en virtud de su incapacidad relativa.

[173] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 377.

[174] Véase igualmente: López Herrera, *Anotaciones...,* p. 754, el inhabilitado, es también perfectamente capaz para reconocer al hijo, sin necesidad de asistencia ni de autorización judicial. Véase sin embargo, López Herrera: *Derecho...,* T., II, 2006, pp. 423 y 424, donde el autor cambió de criterio y señala que la autorización prevista respecto de los menores de 16 años en materia de reconocimiento, "debe aplicarse, *mutatis mutandi,* al caso de la persona que se encuentra inhabilitada" (*Ibíd*., p. 424). Consideramos improcedente la aplicación analógica de tal requisito excepcional en razón de la naturaleza de las normas relativas a la capacidad y del sentido de la inhabilitación. En materia de incapacidades no se admite la analogía, y de allí que el propio autor acertadamente admite la capacidad del inhabilitado para un acto personalísimo como el matrimonio por no estar comprendido en prohibición alguna para contraer matrimonio (López Herrera, *Derecho...,* T. I, p. 261).

[175] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Trabajo y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Apure y Municipio Arismendi del Estado Barinas, Sent. 26-10-04, Exp. Nº 2732, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/444-26-2732-2732.html Al efecto, se ha indicado acertadamente que no procede la nulidad del reconocimiento de la filiación efectuado por el inhabilitado por cuanto éste precisa estar asistido de curador para los actos descritos en el artículo 407 y 147 del CC y que el procedimiento de inhabilitación no constituye óbice para realizar el reconocimiento. Se agrega "pues si bien es cierto como lo sentenció la Juez y lo ratifica este Superior que el Decreto de Inhabilitación Provisional que se acompañó al libelo de demanda, no extendió sus efectos hasta el punto de declarar que el demandado en Interdicción no estaba inhabilitado, como consecuencia del accidente de tránsito sufrido para efectuar el reconocimiento que efectuó, por los motivos que señaló la Juez de instancia y que este Superior ha analizado con suficiente amplitud... por lo que se declara sin lugar la apelación contra la sentencia que declaró Sin Lugar la demanda de Nulidad de Reconocimiento incoada".

Capítulo VIII

El reconocimiento de la paternidad en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad

1. **La presentación y la mención de la identidad del padre (artículo 21).**
2. **El procedimiento administrativo a los fines del reconocimiento (artículo 22 al 29).**
3. **La necesidad de acudir al órgano jurisdiccional (artículos 30 y 31).**
4. **Consideraciones finales.**

La reciente Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad[1], publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.773 de fecha 20 de septiembre de 2007[2], trae interesantes innovaciones en pro de la fami-

[1] En lo sucesivo LPFMP.
[2] Puede verse texto de la ley en: http://www.tsj.gov.ve/gaceta/septiembre/200907/200907-38773-02.html; www.victoriafm.net/descargas/notisinestres/TipsLeyProteccionalaFamilia.pdf -Véase antecedente en: www.grupori.org/ley-proteccion.pdf

lia, entre las que se ubica, la inamovilidad laboral del padre[3], el permiso postnatal del padre[4], la licencia de paternidad remunerada[5], etc. Nuestro objetivo a continuación es comentar un aspecto puntual de dicha ley especial, esto es, lo relativo al reconocimiento de la paternidad, con particular referencia al acta de nacimiento. De tal suerte, que las siguientes líneas no constituyen en modo alguno un estudio del reconocimiento de la filiación, ya sea voluntario[6] o forzoso[7], y al cual nos hemos referido en otras oportunidades. Sólo pretendemos comentar las innovaciones que introduce la citada ley respecto al reconocimiento de la filiación paterna y cómo se ve afectada en este sentido la partida de nacimiento.

Primeramente, es de indicar que el Capítulo IV de la Ley, titulado "*Del reconocimiento de la paternidad*", en sus artículos 21 y siguientes, contiene una serie de normas que tocan sustancialmente tanto la presentación registral en materia de filiación extramatrimonial como la forma de hacer efectivo el reconocimiento de la filiación, consagrando una especie de procedimiento administrativo que puede desencadenar en judicial, a los fines del establecimiento de la paternidad[8]. A continuación haremos algunos breves comentarios al respecto.

---

[3] Véase al respecto: Artículo 8 de la LPFMP; Pro-Rísquez, Juan Carlos: *Panorama 2008, Panorama Laboral y de Seguridad Social,* http://www.fedeuropa.org.ve/Documentos/JCP.pdf, p. 16; Padres con "inamovilidad laboral", en Economía, Valencia, 23 de septiembre de 2007, http://notiweb.notitarde.com/historico/2007/09/23/economia/economia1.html

[4] Véase artículo 9 de la LPFMP; "Padres tendrán 14 días de permiso postnatal", http://www.rnv.gov.ve/noticias/index.php?act=ST&f=2&t=50118; Pro-Rísquez, *Ob. Cit.,* p. 17.

[5] Véase artículo 9 de la LPFMP; Pro-Rísquez, *Ob. Cit.,* p. 18

[6] Véase sobre éste: Domínguez Guillén, *El reconocimiento...,* pp. 27-68.

[7] Véase sobre éste: Domínguez Guillén, *Notas...,* pp 147-194.

[8] Véase referencia a instrumento señalado como Exposición de Motivos del Proyecto de Ley en: www.grupori.org/ley-proteccion.pdf que indica (p. 4) "...Constituye preocupación de este proyecto de ley, establecer normas orientadas a propiciar el reconocimiento de la paternidad, mediante mecanismos de fácil acceso. Es una realidad en el país la problemática de la paternidad no responsable, lo cual ocasiona graves consecuencias en la familia y la sociedad..." (revisado el 20-10-07).

1. DE LA PRESENTACIÓN Y LA MENCIÓN DE LA IDENTIDAD DEL PADRE (ARTÍCULO 21)

El artículo 21 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad establece:

> Cuando la madre y el padre del niño o niña no estén unidos por vínculo matrimonial o unión estable de hecho, que cumpla con los requisitos establecidos en la ley, y la madre acuda a realizar la presentación ante el Registro Civil, deberá indicar nombre y apellido del padre, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a la identificación del mismo. El funcionario o funcionaria deberá informar a la madre que en caso de declaración dolosa sobre la identidad del presunto padre, incurrirá en uno de los delitos contra la fe pública previsto en el Código Penal.
>
> En los casos que el embarazo haya sido producto de violación o incesto, debidamente denunciado ante la autoridad competente, la madre podrá negarse a identificar al progenitor, quedando inscrito el niño o niña ante el Registro Civil con los apellidos de la madre. Con base al derecho a la igualdad y no discriminación, y al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, tal circunstancia en ningún caso será incluida en el texto del acta correspondiente.

Según se aprecia, dicha norma pretende que toda presentación del nacimiento del hijo que realice la madre que no derive de una unión matrimonial o estable de hecho que reúna los requisitos de ley, *deberá* indicar la identificación del padre. Se advierte inclusive sobre la necesidad de veracidad en tal identificación, so pena de incurrir en algunos de los delitos que sanciona el Código Penal contra la fe pública. Finalmente, la norma indica que la madre podrá negarse a tal mención en caso de delito de violación o incesto debidamente denunciado ante la autoridad competente.

Varias son las consideraciones que vienen a la mente al leer tal disposición; pareciera por la redacción de la norma (*deberá* indicar la identificación del padre y se podrá negar en caso de violación o incesto d*enunciado* ante la autoridad) que se pretende obligar a la madre pre-

sentante a indicar la identificación del padre o progenitor de su hijo[9]. Y la verdad es que aun cuando la intención de la Ley sea positiva, en el sentido de propiciar el reconocimiento de la filiación, pensamos que hay ciertas menciones jurídicas de tal trascendencia –en las actas del estado civil como es la partida de nacimiento– que no pueden ser forzadas. Esto porque, primeramente no siempre se contará con datos precisos que permitan tal identificación del padre; y segundo, porque la simple negativa de la madre al margen de su justificación, no puede vulnerar el derecho esencial de todo niño a ser inscrito en el Registro del Estado Civil, por lo que en todo caso, debe procederse al levantamiento inmediato de la correspondiente partida de nacimiento.

De tal suerte, que lo primero que sostenemos es que en modo alguno se puede pretender obligar a la madre a hacer la indicación del presunto padre. Ello por cuanto ciertamente podrán plantearse supuestos en los cuales la madre de buena fe no esté en capacidad de realizar tan mención, porque no tenga certeza sobre la identificación del padre[10] o respecto a la paternidad[11]. Y como dicha circunstancia no podrá ser referida en la correspondiente partida de nacimiento porque constituiría un mención estigmatizante para el hijo, la consecuencia jurídica necesaria es que se ha de levantar la respectiva partida de nacimiento sin la indicación del padre. Y dicho levantamiento ha de ser inmediato, so pena de violentar el derecho constitucional de todo niño a ser inscrito en el Registro del Estado Civil consagrado en el artículo 56 de la Carta Mag-

[9] Véase: *Padres con "inamovilidad laboral", en Economía,* Valencia, 23 de septiembre de 2007, http://notiweb.notitarde.com/historico/2007/09/23/economia/economia1.html "El instrumento legal no está pensado para artistas "anónimos". En su disposición 21, estipula que la madre que "acuda a realizar la presentación ante el Registro Civil, deberá indicar nombre y apellido del padre". Esto tendrá que realizarse, aunque la mujer y su pareja "no estén unidos por el vínculo matrimonial o unión estable de hecho". Sólo si la madre fue víctima de violación o incesto, podrá negarse a identificar al progenitor".
[10] Es posible que una mujer quede embarazada de un hombre cuya identificación desconoce. La concepción o fecundación sólo precisa de la unión de las células sexuales y es una realidad que cuando dos personas tienen relaciones sexuales no siempre constatan o conocen entre sí el nombre civil completo (nombre de pila y apellidos) y mucho menos la cédula de identidad.
[11] También es posible que una mujer haya mantenido relaciones sexuales con más de un hombre durante el período de concepción y, en consecuencia, esté en la imposibilidad material de conocer quién es el progenitor de su hijo.

na[12]; en modo alguno se puede condicionar el levantamiento del acta más relevante para la vida jurídica del ser humano[13], a cualquier procedimiento administrativo o judicial, toda vez que se precisa de ella a los fines de la identificación desde el nacimiento. Constituye un derecho de orden constitucional la inscripción inmediata en el Registro Civil de nacimiento, a los fines de la obtención del correspondiente instrumento de identificación, y cualquier normativa que pretenda restringir, limitar o condicionar tal inscripción es violatoria del mismo.

De manera pues, que pensamos que en aquellos casos en que la madre al momento de la presentación ante el funcionario de Registro del Estado Civil, no proceda a la identificación del progenitor, también se deberá levantar inmediatamente el acta de nacimiento correspondiente, sin perjuicio del ejercicio posterior de las correspondientes acciones administrativas o judiciales. Es más, en supuestos como los indicados en los cuales la madre no cuente con la identificación del progenitor o no tenga certeza de éste, ni siquiera se puede pretender conocer o profundizar en tales circunstancias porque no sólo se estaría afectando la intimidad de la progenitora sino que tal información podría ser estigmatizante, ofensiva y discriminatoria para el menor, por lo que en preservación de su interés, no puede hacerse mención alguna de tales supuestos en la respectiva partida, amén que el citado artículo 56 de la Carta Magna expresamente descarta la posibilidad de mención alguna que califique la filiación. Entonces, simplemente los casos en los que la presentación la realice la madre sin identificación alguna del progenitor ni indicación expresa del porqué de tal omisión, en todo caso debe procederse al levantamiento inmediato de la respectiva partida de nacimiento. Es la única forma, a nuestro criterio, de combinar la investigación de la paternidad con el legítimo derecho de todo niño de contar inmediatamente con su instrumento primario de identificación.

---

[12] Que dispone: "...Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil inmediatamente después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación". Véase consideraciones de CECODAP en: http://www.cecodap.org.ve/texto/situacion/escrito%20cne%20definitivo.htm

[13] Véase: Huezo Chávez, Efraín Antonio: *Consideraciones sobre el Registro Civil en El Salvador.* El Salvador, Universidad de El Salvador, 1972, p. 58, el autor cita a D'Auesseau que señaló que la partida de nacimiento: "es la prueba más grande del estado del hombre". Y agrega: "echad por tierra esta prueba y todos los fundamentos de la sociedad civil serán sacudidos, no habrá ya nada cierto entre los ciudadanos".

De allí que creemos que, en aras de una interpretación coherente y a tono con la igualdad, la no discriminación, el derecho a tener un nombre completo y contar inmediatamente con instrumentos de identidad[14], ha de concluirse que siguen vigentes en tales casos las normas de los artículos 235[15] y siguientes del Código Civil[16], en cuanto a la determinación del apellido, en especial el artículo 238 *eiusdem*, que dispone que si la filiación se establece sólo respecto de uno de los progenitores, se podrán utilizar los apellidos de éste y si tiene uno sólo tendrá derecho a repetirlo. Es de observar que dicha posibilidad no precisa de autorización judicial, toda vez que la norma procede de derecho o automáticamente cuando se produce la individualización o ante el Servicio Nacional de Identificación[17]. De tal suerte que la afirmación de la ley en comen-

---

[14] Consagrado claramente en el citado artículo 56 de la Constitución.

[15] Según la norma del artículo 235 CC el primer apellido del padre seguido del primer apellido de la madre forman en ese orden los apellidos de los hijos. Dicha disposición se aplica a la filiación matrimonial y a la filiación extramatrimonial establecida en forma simultánea o inmediatamente sucesiva (6 meses). Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* Colección Nuevos Autores N° 1, pp. 473-477.

[16] En lo sucesivo CC.

[17] *Ibíd*., p. 477, "El derecho de tener un nombre civil integrado por sus elementos completos se hace evidente en nuestro ordenamiento a través del art. 238 del CC. En efecto, el hijo cuya filiación se encuentre establecida respecto de uno solo de los padres llevará los dos apellidos de éste. Norma que se materializa de derecho o automáticamente al precisarse la individualización o ante el Servicio Nacional de Identificación. Con la presente disposición se pretende evitar la incómoda situación que implicaba la utilización de un solo apellido en caso de filiación extramatrimonial. Ello pues la misma se denotaba a través de la indicación de un único apellido, lo cual ciertamente constituía un aspecto estigmatizante para el portador...". Véase en este mismo sentido: Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, con sede en Puerto Cabello, Jueza Unipersonal Nº 01, Sent. 25-9-07, Exp. o Solicitud N° 1J-1438/07, "...De conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 *eiusdem,* si la filiación sólo está legalmente establecida con respecto a uno de los progenitores, el hijo tiene DERECHO de llevar los apellidos de éste, y si dicho progenitor tuviere un solo apellido, el hijo tendrá derecho a repetirlo. El derecho de tener un nombre civil integrado por sus elementos completos se hace evidente en nuestro ordenamiento a través de la citada norma. En efecto, el hijo cuya filiación se encuentre establecida respecto de uno de los padres, llevará los dos apellidos de éste. Con la presente norma el legislador de 1982 pretendió, acertadamente, evitar la incómoda situación que implicaba la utilización de un solo apellido en caso de filiación extramatrimonial, ya que esta forma de filiación (natural) se denotaba mediante la indicación de un único apellido, lo cual ciertamente constituía un aspecto estigmatizante para el portador. De tal manera que, con la referida norma se le garantiza a la persona la utilización de dos apellidos, a fin que se sienta cómoda en el ámbito jurídico y social.

tarios "*quedando inscrito el niño o niña ante el Registro Civil con los apellidos de la madre*" no tiene mayor sentido útil, pues ciertamente en tal caso, en la partida constarán los dos apellidos de la madre pero únicamente cuando se refiere el nombre civil completo de ésta. Posteriormente, cuando se precise la individualización del niño o niña, es cuando se colocarán los dos apellidos de la madre y por aplicación del citado artículo 238 del CC si la progenitora tiene un solo apellido se tendrá derecho a repetirlo.

Tal norma constituyó un notable avance de la Reforma del CC de 1982, en aras del principio de la igualdad, con el sabio efecto adicional, a los fines de no entorpecer la tramitación de la documentación, de que la filiación que fuera establecida posteriormente, si bien generaría efectos, quedaba a criterio del interesado el respectivo cambio de apellido[18]. Como dicho establecimiento filiatorio puede tardar meses o años, es perfectamente práctico que los apellidos originarios del progenitor cuya filiación esté establecida[19] puedan mantenerse o cambiarse –según decisión del interesado– en caso de establecimiento posterior de la filiación, al margen de la producción de efectos jurídicos. Vale aclarar que no obstante la redacción del artículo 21 de la LPFMP[20], la simple men-

---

Cabe destacar que, las reglas consagradas en el Código Civil venezolano respecto a la determinación del apellido, constituyen normativas que se aplican de pleno derecho, quiere decir, sin necesidad de previo pronunciamiento administrativo o judicial alguno, y sin requerir indicación alguna en el Acta; ya que sólo basta el establecimiento de la filiación para su efectiva utilización. En los casos de filiación individual, el uso de los dos apellidos del progenitor cuya filiación está establecida, igualmente aplica automáticamente. Es por lo que, la petición solicitada en el presente caso no puede prosperar en derecho. Y así se declara.
Sin embargo, esta Juzgadora hace la salvedad que, al momento de la obtención del documento de identificación referido a la cédula de identidad del niño de autos, la representante legal deberá manifestar verbalmente al funcionario de la respectiva Oficina de Servicio de Identificación, el derecho del niño ... de usar los dos apellidos de su madre, de tal manera que el niño quede identificado como..."

[18] Véase artículos 236 y 237 CC. Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 481 y 482, "...Esto significa que el cambio es enteramente discrecional; bien puede el sujeto continuar con sus apellidos originales y en modo alguno ello afecta los derechos derivados de la filiación posteriormente declarada. Así pues, el cambio de apellido en tal caso es meramente potestativo.
La norma en cuestión resulta acertada, si se piensa que el cambio obligatorio de apellido generaría en algunos supuestos, serios inconvenientes derivados de la necesidad de modificar la documentación".

[19] Generalmente la madre.

[20] El segundo párrafo del artículo 21 alude a los apellidos de la madre, en el supuesto especialmente referido.

ción del padre en la partida de nacimiento, carente de valor probatorio (porque no supone filiación legalmente establecida) y con sentido enteramente provisional, NO da lugar en modo alguno a la utilización del apellido paterno porque ello no constituye establecimiento legal de la filiación[21]; interpretar lo contrario no sólo es jurídicamente improcedente sino enteramente perjudicial, a los efectos de la documentación del menor. Por lo que hasta tanto la filiación no sea legalmente establecida bien sea por vía administrativa o por vía judicial, de conformidad con el artículo 238 del Código Civil, el hijo llevará los apellidos del progenitor respecto del cual se ha establecido la filiación. Si el establecimiento filiatorio posterior ocurre dentro de los seis (6) meses[22] siguientes al primer reconocimiento, pensamos –como hemos referido en otras oportunidades– que la determinación de los apellidos del hijo ha de tener lugar según la norma del artículo 235 *eiusdem*, a saber, se coloca el primer apellido del padre seguido del primer apellido de la madre.

Las actas del estado civil, en razón de su relevancia, presentan en principio una presunción de veracidad, no obstante el distinto valor probatorio de las menciones contenidas en ellas, según de quien emane, de

[21] Sino que precisamente, dicho establecimiento, tendrá lugar mediante el posterior procedimiento administrativo, o de no ser posible con éste, mediante el proceso jurisdiccional.

[22] Los seis (6) meses denotarían un lapso prudencial a los fines de considerar establecida la filiación en forma inmediatamente sucesiva, es decir, que sin ser establecida simultáneamente por ambos progenitores no media en tal caso, un período suficientemente largo como para descartar la regla del artículo 235 del CC. Pensamos que si bien la LOPNNA de 2007 varió sustancialmente el citado artículo, tal período simplemente, sigue constituyendo un punto de referencia. Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 475 y 476, indicamos en ese momento "Podríamos sostener entonces que la norma comentada (artículo 235 CC) se aplica en los casos de filiación extramatrimonial que ha sido establecida en forma simultánea o inmediatamente sucesiva en la partida de nacimiento... En el derecho venezolano, el límite de tiempo pudiese ser el previsto en el art. 350 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), relativo al establecimiento no simultáneo de la filiación a los fines del ejercicio conjunto de la patria potestad, a saber, seis meses. (La norma se refería, a seis meses, a partir del nacimiento, pero indicamos que con relación al caso de los apellidos, los seis meses han de computarse, a partir del primer reconocimiento). Esto porque sería injusto que uno de los progenitores pretenda que el hijo no ostente el apellido del otro, porque el reconocimiento de éste se realizó unos días después del levantamiento de la partida y no en forma simultánea. Por otra parte, admitir lo contrario sería dejar a la voluntad del primer progenitor que efectúe el reconocimiento en forma autónoma, la determinación de los apellidos, los cuales ciertamente no pueden ser tratados con el mismo criterio de la prioridad en el registro que los inmuebles".

conformidad con el Art. 457 del Código Civil[23]. No parece jurídicamente conveniente, dada la naturaleza de las actas del estado civil que una mención tan relevante como la filiación paterna extramatrimonial tenga carácter provisional por carecer de valor probatorio *ab ibnitio*, y que la correspondiente partida de nacimiento esté sujeta a quedar sin efecto[24] o ser cambiada[25] innecesariamente, según la suerte del procedimiento administrativo[26] o judicial a los fines del establecimiento filiatorio.

El inconveniente que vemos en la nueva ley, es atribuir carácter provisional a la partida de nacimiento con una indicación paterna carente de valor probatorio hasta que sea confirmada en un *procedimiento administrativo* que puede prolongarse en el tiempo, creando una temporalidad inicial enteramente perjudicial para el niño o niña, puesto que dicho instrumento fundamental inicialmente extendido está llamado –según la nueva ley– a quedar sin efecto[27]. Por eso, pensamos que si bien la idea de fomentar o propiciar la investigación de la paternidad extramatrimonial es positiva, ello no debió afectar la circunstancia práctica y jurídica de levantar una partida de nacimiento únicamente con los datos ciertos

[23] Que prevé: "Los actos del estado civil registrado con las formalidades de este Título, tendrán el carácter de auténticas respecto de los hechos presenciados por la Autoridad.
Las declaraciones de los comparecientes, sobre hechos relativos al acto, se tendrán como ciertas hasta prueba en contrario.
Las indicaciones extrañas al acto no tendrán ningún valor, salvo disposición especial". Las declaraciones del funcionario presentan un valor sustancialmente distinto a las de las partes o declarantes; las primeras son auténticas y las segundas se tienen por ciertas hasta prueba en contrario. Sin embargo, respecto de las últimas el legislador trata de comprobar la regularidad de éstas mediante alguna prueba (que exige el funcionario al momento de la presentación) tales como la constancia de nacimiento y de allí la presunción de veracidad desvirtuable por la simple prueba contrario: Curiosamente un dato trascendental como la mención del padre en la nueva ley no precisa prueba alguna, por lo que ha de concluirse que no puede tener presunción alguna de veracidad que logre asimilar sus efectos a los del reconocimiento. Su mención sólo genera la tramitación del procedimiento administrativo a los fines del establecimiento de la paternidad.
[24] Según indica el artículo 27 de la ley en caso de reconocimiento posterior se levantará una nueva y quedará sin efecto la anterior. El artículo 29 dispone la misma consecuencia, si la filiación indicada es confirmada mediante la experticia de ADN.
[25] El artículo 30 de la Ley indica que en caso de disconformidad con la prueba de ADN, la madre o el designado como padre podrá acudir al órgano jurisdiccional.
[26] Que se pretende en los artículos siguientes.
[27] Pues se levanta una nueva partida que deja sin efecto la anterior, de lograrse el reconocimiento o establecimiento de la paternidad en el curso del procedimiento administrativo (artículos 27 y 29 LPFMP).

con que se cuenta en el momento de extender la misma. Sin que ello sea óbice para que la investigación administrativa o judicial de la paternidad, cuando fuere definitiva, quede reflejada en la correspondiente acta, mediante el mecanismo de las notas marginales[28]. Dándole así como en efecto, sabiamente lo había consagrado el Legislador, un carácter permanente desde su levantamiento a la partida de nacimiento y no permitiendo la colocación de datos de los cuales no se tenga certeza al momento de su expedición[29]. De hecho, constituye un principio elemental que no se puede atribuir efectos jurídicos a terceros por la sola voluntad del declarante, de allí que anteriormente no se pudiera colocar en la partida de nacimiento la indicación del nombre del padre si éste no efectuaba personalmente o por mandatario especial el reconocimiento, pues ello se consideraba una mención prohibida susceptible de ser corregida por vía de rectificación[30].

Sin embargo, en razón de que los principios probatorios no pierden su vigencia por las vicisitudes legales, bien puede seguirse sosteniendo que no obstante la pretensión de la nueva ley, dicha mención (nombre del padre en la filiación extramatrimonial) colocada inicialmente en la partida de nacimiento, según indicamos, carece de valor probatorio hasta tanto la filiación no sea confirmada o acreditada voluntaria o forzosamente, en sede administrativa o jurisdiccional. El reconocimiento seguirá siendo por esencia un acto "personalísimo", pues sólo puede emanar del sujeto que tiene la facultad para efectuarlo, por lo que en modo alguno puede derivarse de la declaración de un tercero[31]. De tal suerte que aun cuando de conformidad con el artículo 457 del CC las declaraciones de los comparecientes se tienen como ciertas hasta prueba en contrario, y por ello el funcionario suele exigir alguna prueba de la regularidad de la misma[32], en el caso que nos ocupa la mención del padre extramatrimonial que precisa la LPFMP, no reviste dicho valor, amén de que por esencia el "reconocimiento" constituye un acto personalísi-

[28] Ello permitiría la investigación de la filiación paterna sin que las vicisitudes procesales posteriores al levantamiento inicial de la partida, afecten sustancialmente el acta más importante del estado civil de la persona como es el acta de nacimiento.
[29] Toda vez que los datos inscribibles deben ser precisos.
[30] Aun cuando pensamos, que a pesar de que actualmente la ley en comentario precise de tal mención, según indicaremos *infra* VIII.3, se llegaría a la misma consecuencia.
[31] Domínguez Guillén, *El reconocimiento...,* p. 42.
[32] Como es el caso de la constancia de nacimiento o de defunción.

mo que no permite derivar efectos por la sola declaración de alguien distinto al reconociente. Por lo que dicha mención del padre, únicamente propicia el inicio del correspondiente procedimiento administrativo a los fines del reconocimiento de la paternidad.

Con la nueva ley, lo que antes constituía una mención prohibida[33] en el acta de nacimiento, ahora constituye *ab ibnitio*, una mención obligatoria[34], pues la normativa señala que se indicará siempre el nombre del padre y *a posteriori* se investigará la realidad de la filiación; la suerte de un instrumento fundamental vital –como es el acta de nacimiento– fue sacrificada con miras a facilitar la investigación de la paternidad. Pero como indicamos, para lograr esto último no debía afectarse la esencia de la partida de nacimiento que como toda acta del estado civil, debe expedirse con presunción de veracidad y exactitud[35]; era suficiente ordenar la investigación de la paternidad con la única colocación de los datos ciertos hasta ese momento.

Por todo ello reiteramos, que si bien es plausible la investigación general de la paternidad en todos los casos de filiación extramatrimonial, se debió mantener el principio básico según el cual la partida se levanta con los datos precisos, cuya veracidad puede ser acreditada en el momento de su inscripción. Esto no sólo responde a una razón jurídica sino también práctica y es que el acta que se expida inicialmente está llamada a valer y perdurar –no obstante los datos que se le puedan incorporar a posteriori por vía de nota marginal– porque ella será utilizada en lo sucesivo para cualquier actuación jurídica de la persona. Ciertamente, el sistema actualmente consagrado en la LPFMP no constituye un avance en la protección y beneficio del menor, en lo atinente a la suerte de un documento fundamental probatorio como es la respectiva acta de nacimiento. De allí que sería sumamente útil, que *de lege ferenda* se corrigiera la impropiedad jurídica y práctica contenida en la ley en comentarios respecto a la

---

[33] Esto es, la indicación del padre en la filiación extramatrimonial. Esto porque no la requería la ley. Véase artículo 451 del CC: "En ninguna partida se podrá insertar ni aun indicar, sino únicamente lo que la ley misma exige".

[34] Aunque carente de valor probatorio.

[35] Esto es con los datos ciertos, precisos y exactos con que se cuente en el momento de su expedición, no obstante que pueda verse afectada en el futuro.

partida de nacimiento, esto es, que manteniéndose la investigación de la paternidad indicada en el expediente administrativo, en la partida inicialmente levantada sólo consten los datos de los que se tenga certeza en dicho momento. Y que el establecimiento posterior de la paternidad, aunque sea por vía administrativa, no suponga el levantamiento de una nueva partida, dejando si efecto a la anterior, sino que se incorpore a ésta por vía de nota marginal como en efecto lo ordena el artículo 472 del CC. También como hemos reiterado, sería recomendable prescindir de la mención del padre en la partida de nacimiento si no existe prueba cierta de ello, y dejar dicha indicación en el respectivo expediente administrativo a los fines del procedimiento que veremos a continuación.

2. DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LOS FINES DEL RECONOCIMIENTO (ARTÍCULO 22 AL 29)

La ley en comentarios establece como novedad un procedimiento administrativo a los fines de propiciar el reconocimiento de la paternidad, que parte precisamente de la indicación del padre en la partida de nacimiento, a la que nos referimos[36].

El artículo 22 de la LPFMP establece[37] que el funcionario de Registro dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación notificará al padre identificado en la partida, a los fines de reconocer o no su paternidad dentro de los diez días hábiles siguientes a su notificación. De seguidas dicha norma alude a la posibilidad de reconocimiento por parte del padre menor de edad, reproduciendo parcialmente la norma consa-

[36] Véase *supra* N° VIII.1.
[37] Que: "Realizada la presentación del niño o niña: el funcionario o funcionaria competente elaborará inmediatamente el acta de nacimiento respectiva.
Dicho funcionario o funcionaria deberá notificar a la persona señalada como padre del niño o niña, dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de presentación, a los fines de que comparezcan ante el Registro Civil a reconocer o no su paternidad, dentro de los diez días hábiles siguientes a su notificación.
Los adolescentes de dieciséis años de edad o más tienen plena capacidad para reconocer a sus hijos e hijas. También podrán hacerlo antes de cumplir dicha edad con autorización de su representante legal o, en su defecto, con la del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Cuando el señalado padre tenga menos de dieciséis años de edad, deberá intervenir en el presente proceso a través de su representante legal".

grada en el artículo 222 del Código Civil[38]. Y decimos parcialmente porque el CC señalaba que el menor de 16 años podía reconocer libremente a su hijo (capacidad plena) y si tenía menos de esta edad, podía hacerlo con la autorización de su representante legal o, en su defecto, la del Juez (capacidad limitada). La nueva norma mantiene la redacción inicial del CC, pero en defecto de la autorización del representante legal, sustituye la autorización del Juez por la del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes[39].

Sin embargo, agrega la disposición en comentarios que cuando el señalado padre tenga menos de 16 años deberá intervenir en el presente proceso "a través" de su representante legal. Debe observase que esta última consideración del artículo 22 contiene una impropiedad porque el presente procedimiento administrativo pretende propiciar "el reconocimiento"[40] y como se ha indicado éste constituye un acto "*personalísimo*" que como tal no admite la representación legal[41]. De allí que la ley consagre, a los fines del reconocimiento, la capacidad plena[42] o limita-

---

[38] Véase también: "Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela" (*Gaceta Oficial* N° 37.771 del 9 de septiembre de 2003), artículo II.1.2.2.1: "Si es menor de 16 años se requerirá, a los efectos del reconocimiento del (de la) recién nacido (a) como hijo (a), la autorización del padre, madre o su representante legal: En su defecto, la autoridad del Registro está obligada a notificar al Consejo de Protección respectivo a los fines que dicte la medida de protección, si es necesario, o a las Defensorías del Niño y del Adolescente para que presten los servicios requeridos, a fin de garantizar el derecho a la identidad". También artículo II.1.2.2.2: "Si es mayor de 16 años puede inscribirlo en el Registro del Estado Civil de Nacimientos".

[39] Aunque en defecto del representante legal ya el Instructivo citado inmediatamente *supra* disponía la intervención del Consejo de Protección respectivo (artículo II.1.2.2.1).

[40] Esto porque como se deriva de los artículos 27 y 28 de la LPFMP una vez debidamente notificado, el procedimiento se reduce a que el indicado como padre comparezca a los fines de aceptar o negar su paternidad.

[41] Domínguez Guillén, *El reconocimiento...,* p. 42, "En consecuencia, no se admite en esta materia la representación legal, es decir, el sujeto incapaz absoluto que carezca de discernimiento no puede acceder a esta figura a través de su representante legal, ya sea tutor o progenitor. Está claro que la representación legal no se extiende a actos personalísimos como el reconocimiento filiatorio. Sólo se admite como es natural la representación voluntaria porque ella supone la capacidad de obrar, si obviamente se ha otorgado poder o mandato especial al efecto".

[42] En caso de dieciséis (16) años. La capacidad plena supone la posibilidad de actuación por sí solo, sin ni siquiera autorización o asistencia.

da[43] del menor de edad, esta última mediante la "autorización". Ciertos procesos relativos a acciones de carácter personalísimo no admiten la representación legal[44]. Por lo que ha de concluirse que en el presente supuesto el menor no actuará "a través" del representante legal sino "asistido" por éste en el curso del proceso administrativo; esto pues la expresión "a través" denota la representación o sustitución[45], y lo cierto es que dada la capacidad limitada que la propia ley le concede a quien tiene menos de 16 años en materia de reconocimiento, el representante legal no puede actuar "por" el menor sino conjuntamente con éste[46]. Dicha asistencia o actuación conjunta traería implícita la autorización[47] que prevé la ley para el acto del reconocimiento[48].

Seguidamente, el artículo 23 de la Ley en comentarios hace referencia a las menciones que debe contener la notificación al "indicado" padre[49], entre las que se encuentra: el objeto del procedimiento, la identificación de la madre y la indicación expresa de la advertencia de que la no comparecencia supondrá la remisión de la actuación a la Fiscalía del Minis-

---

[43] Con menos de dieciséis (16) años se precisa de autorización. Cuando la ley le permite al menor de edad actuar asistido o autorizado, le está concediendo "capacidad limitada", a diferencia de los casos en que le concede "capacidad plena" en que actúa por sí solo. Se trata de excepciones a la incapacidad de obrar del menor de edad.

[44] Así por ejemplo, el tutor del entredicho no puede en nombre de éste interponer la acción de divorcio, pues se trata de una acción personalísima donde no procede la representación legal. Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 434 y 435.

[45] Véase sobre la diferencia entre representación, asistencia y autorización: Domínguez Guillén, *Reflexiones...,* pp. 273-282.

[46] Véase: *Ibíd*., pp. 273 y 274, representar es sustituirse, mientras que asistir es acompañar; representar es actuar por otro, en tanto que asistir es actuar con el otro.

[47] *Ibíd*., pp. 274, La asistencia es una actuación conjunta en tanto que la autorización constituye una aprobación previa al acto de que se trate; sustancialmente responden al mismo sentido y en todo caso supone la iniciativa del acto por parte del incapaz de obrar.

[48] De producirse en el curso del procedimiento bajo análisis.

[49] Prevé la norma: "La notificación debe contener:
a) El objeto del procedimiento
b) Identificación de la madre.
c) La indicación expresa que en caso de no comparecer o comparecer y negar la paternidad se remitirán las actuaciones a la Fiscalía del Ministerio Público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, a los fines de iniciar el procedimiento de filiación correspondiente.
La notificación deberá ser realizada personalmente y el funcionario o funcionaria encargado de hacerlo dejará constancia en la copia correspondiente de la plena identificación del notificado, quien firmará la misma. En caso de negarse a firmar, se entenderá igualmente notificado y el funcionario o funcionaria dejará constancia de ello en el procedimiento".

terio Público a los fines del ejercicio de las acciones correspondientes. Dicha notificación debe ser personal, y constará en el expediente así como la negativa a firmar la misma.

El artículo 24 de la LPFMP[50] prevé de ser necesario la posibilidad de notificar al Consejo Nacional Electoral o la ONIDEX a los fines de informar el último domicilio del padre indicado, en un lapso de 30 días continuos. De seguidas, el artículo 25 *eiusdem* señala[51] que una vez transcurrido el lapso del artículo anterior sin obtener información se publicará un único cartel por prensa, que será gratuito como parte de la corresponsabilidad social de los medios de imprenta, y que podrá deducirse del impuesto. El artículo 26 *eiusdem* consagra un lapso de 15 días continuos, a los fines de que el padre indicado comparezca a reconocer o negar la paternidad[52].

Ahora bien, el artículo 27 de la ley bajo análisis señala que si el padre notificado comparece ante el Registro del Estado Civil y acepta su paternidad se considerará como un reconocimiento voluntario, con todos los efectos legales. Ello es lógico por cuanto hasta la presente fase no existe indicio que haga suponer contención alguna respecto del notificado, quien podría haber desconocido de buena fe la situación. Ahora bien, la norma curiosamente señala que de dicho recono-

---

[50] Que dispone: "En caso de que se desconozca el domicilio de la persona señalada como padre, se oficiará de inmediato al Consejo Nacional Electoral (Consejo Nacional Electoral), o a la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería (ONIDEX) para que, en un plazo máximo de treinta días continuos, informe sobre su último domicilio a los fines de la notificación".

[51] "Habiendo transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior, sin haberse obtenido información sobre el último domicilio de la persona señalada como padre, se procederá a notificarlo a través de un único cartel que se publicará en un diario de circulación nacional o regional. Los medios de comunicación impresos, nacionales y regionales, están obligados como parte de la corresponsabilidad social a publicar el referido cartel en forma gratuita. El costo de la publicación de los carteles pueden ser deducibles del impuesto por parte de la empresa editora.

En caso de negativa injustificada del medio impreso a realizar la publicación solicitada será sancionado con multa de diez unidades tributarias (10 U.T.), a cincuenta unidades tributarias (50 U.T). Dicha multa será impuesta por la autoridad civil que instruye el presente procedimiento, el cual notificará lo conducente a la autoridad tributaria competente"

[52] Indica: "En el cartel de notificación se le dará a la persona identificada como padre, un lapso de quince días continuos a partir de la constancia de la publicación del cartel en el expediente respectivo, a fin de que comparezca a reconocer o negar su paternidad".

cimiento se dejará constancia en el libro, pero se levantará una nueva partida, sin referencia al presente procedimiento, quedando sin efecto la levantada con la presentación de la madre[53]. Pensamos –según indicamos anteriormente[54]– que tal solución no presenta sentido útil, pues las variaciones en materia de filiación son actualizadas en la correspondiente partida de nacimiento a través del sistema de las "notas marginales", el cual permite mantener al día el estado civil filiatorio, preservando la validez de la partida originaria, la cual seguramente ya habrá sido utilizada previamente en cualquier acto jurídico. De hecho, la posibilidad de levantar una nueva partida, dejando sin efecto la inicial, está consagrada excepcionalmente y por razones obvias en materia de adopción[55]. Adicionalmente, no resulta útil y seguro darle una provisionalidad general en todo caso a un documento tan importante como lo es la partida de nacimiento.

El citado artículo 27 de la LPFMP contiene una segunda parte en que prevé la posibilidad de que el padre, cuyo nombre no consta en el certificado médico, solicite por el procedimiento indicado de la prueba del ADN ante el Funcionario de Registro. Agrega que en caso de resultar positiva, se redactará el acta de nacimiento. Suponemos que el caso indicado tiene lugar cuando el pretendido progenitor quiere efectuar el reconocimiento, con la previa seguridad de la identidad genética y, a su vez, pretende evitar ser notificado.

El artículo 28 de la normativa en estudio consagra la prueba del ADN u otra experticia a los fines de acreditar la paternidad, en cuyo caso la

[53] Dispone la norma: "Si la persona señalada como padre comparece ante el Registro Civil y acepta la paternidad se considerará como un reconocimiento voluntario con todos sus efectos legales, dejando constancia del reconocimiento en el expediente y en el Libro de Actas de Nacimiento respectivo. En este caso, la autoridad civil expedirá nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la que fue levantada con la presentación de la madre, la cual quedará sin efecto. La nueva acta no contendrá mención alguna del procedimiento administrativo aquí establecido.
En los casos en que un hombre deseare el reconocimiento voluntario de un niña o niño sin que conste su relación parental en el certificado médico de nacimiento, podrá solicitar ante el Registro Civil la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), cumpliendo con el procedimiento establecido en el presente capítulo, de resultar positiva la experticia, se procederá a redactar el acta de nacimiento dejando constancia de la identidad del padre".

[54] Véase *supra* N° VIII.1.

[55] Véase LOPNNA, artículos 504 y 505.

autoridad civil acordará lo conducente. La negativa se considerará como un indicio o presunción en contra[56], consecuencia ya previamente establecida en otras normas[57]. Sin embargo, suponemos que la aplicación de dicho indicio en contra del presunto padre la hará el Juzgador en la oportunidad pertinente en que analice el proceso judicial precedido de este procedimiento administrativo, pues la autoridad civil no tiene facultades decisorias a los fines del establecimiento definitivo de la filiación. Por lo que, aunque la presente norma no lo indique expresamente, de conformidad con el artículo 23 de la LPFMP, en tal caso habría que remitir el expediente al Ministerio Público a los fines del ejercicio de las acciones filiatorias.

Para concluir el expediente administrativo, el artículo 29 indica que si la experticia confirma la paternidad se dejará constancia en el Libro de Nacimientos y se procederá conforme al artículo 27, esto es, se levantará una nueva partida y la anterior quedará sin efecto[58], solución que según indicamos consideramos inconveniente[59]. Sin embargo, a pesar de la práctica de la experticia, la norma agrega que también en este caso, se considerará como un reconocimiento voluntario con todos sus efectos legales. Tal consideración supone que el procedimiento administrativo bien sea con o sin la práctica de la experticia, es decir, asumiendo inicialmente la paternidad o llegando a ésta a través de una prueba científica, se tiene por un reconocimiento "voluntario" en todos lo casos. El asunto podía presentar relevancia práctica por ejemplo, a los efectos del ejercicio de la patria potestad, de conformidad del art.

[56] Se prevé: "Si la persona señalada como presunto padre negare la paternidad, se podrá solicitar que se le practique la prueba de la filiación biológica de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) u otra experticia afín. En este supuesto, la autoridad civil ordenará lo conducente a los fines que el organismo especializado realice dicha experticia, cuya gratuidad será garantizada por el Estado.
En los casos que la persona identificada como presunto padre se negare a realizarse dicha prueba, se considerará como un indicio en su contra".

[57] Como es el artículo 210 del CC y 505 del Código de Procedimiento Civil.

[58] Señala: "Si la experticia para la determinación de la filiación confirma la paternidad, se dejará constancia de este hecho en el procedimiento y en el Libro de Actas de Nacimiento, surtiendo todos sus efectos legales y se procederá de conformidad con el artículo 27 de la presente ley. En estos casos se considerará como un reconocimiento voluntario con todos sus efectos legales".

[59] Véase *supra* N° VIII.1.

350 de la LOPNA de 1998[60], pero la LOPNNA de 2007 consagró en el mismo artículo el ejercicio conjunto o compartido de la patria potestad en todo caso al margen de la filiación.

3. DE LA NECESIDAD DE ACUDIR AL ÓRGANO JURISDICCIONAL (ARTÍCULOS 30 Y 31)

El artículo 30 de la Ley en comentarios indica, luego de desarrollar el procedimiento administrativo: "*En caso de disconformidad con los resultados de la prueba de filiación biológica, la madre o la persona señalada como padre podrán acudir ante el órgano jurisdiccional correspondiente*".

Cuando se lee la norma cabe plantearse respecto a la "*disconformidad*" dos posibilidades: 1.- Que la disconformidad sea entre la opinión de la madre o indicado padre con el resultado de la prueba[61]; 2.- Que la disconformidad sea entre la indicación del nombre del padre en la partida de nacimiento y el resultado de la prueba de ADN. Esta última se puede sostener en función del elemento sistemático de interpretación[62]. Ahora bien, también se podría considerar que la "disconformidad" o desacuerdo pudiera dirigirse a los resultados de la experticia científica, no obstante su correspondencia con la indicación de la partida[63], en razón del derecho del interesado a impugnar judicialmente el resultado de la prueba científica a nivel administrativo.

---

[60] Que preveía el ejercicio compartido de la patria potestad en la filiación extramatrimonial si el reconocimiento de la filiación tuvo lugar dentro de los 6 meses siguientes al primer reconocimiento. Aunque pudiera interpretarse según esta norma que si los trámites se proyectaron en más de 6 meses no se disfrutará de un ejercicio conjunto de la patria potestad.

[61] No obstante la conformidad o coincidencia entre la prueba de ADN y la indicación del padre en la partida de nacimiento.

[62] Esto es, la ubicación de la norma en comentarios inmediatamente después del artículo 29 de la LPFMP que prevé la confirmación de la paternidad mediante la experticia de ADN, y dispone que se levantará una nueva partida (remite al artículo 27), considerándose como un reconocimiento voluntario. Lo que significa que aun cuando la madre o el indicado como padre estén disconformes con el resultado positivo de la prueba científica, el efecto inmediato de la misma es el establecimiento automático de la paternidad a nivel administrativo con la correspondiente expedición de la nueva partida.

[63] Por ejemplo, no obstante que existiera correspondencia o identidad entre la indicación de la partida y la prueba de ADN, y se procediera a levantar una nueva partida con equivalencia de reconocimiento voluntario; es posible que el padre referido esté en desacuerdo con los resultados de la prueba científica. Pues la forma de atacar tal resultado sería precisamente la vía judicial, a través, del ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad, toda vez que la filiación se tiene por cierta en razón del resultado de la prueba de ADN en vía administrativa.

Así pues, en caso de disconformidad entre el acta y la respectiva prueba científica, la madre o el indicado padre pueden acudir ante el órgano jurisdiccional, suponemos que simplemente para eliminar la referida mención de la partida. Pues aunque se trate –según indicamos– de una mención carente por sí sola de valor probatorio[64] y descartada por la experticia científica en el curso del procedimiento administrativo, el legislador pretende imponer la necesidad de acudir a la vía jurisdiccional para "eliminar" tal mención de la partida inicialmente levantada. Es de observar que la circunstancia de que el sujeto que ha sido indicado como padre no acuda a solicitar la eliminación de su identificación de la partida provisional[65] no invierte en modo alguno la carga de la prueba[66], respecto al establecimiento de la paternidad[67]. Esto porque efectivamente, la propia LPFMP prevé la necesidad de que la filiación paterna sea establecida jurisdiccionalmente de no ser posible mediante el procedimiento administrativo, para lo cual prevé inclusive

---

[64] Véase *supra* N° VIII.1.

[65] Suponemos que por vía de una acción de rectificación de partidas y el establecimiento de nuevos actos del estado civil, consagrada en los artículos 768 y ss. del Código de Procedimiento Civil. Ésta tiene lugar en caso de "inexactitudes, omisiones o menciones prohibidas". Antes de la ley en comentarios, cuyo artículo 21 impone la obligación de indicar el nombre del padre en la filiación extramatrimonial, la indicación del mismo en tal caso se consideraba "una mención prohibida" susceptible de ser rectificada por vía de rectificación. Si bien, en la actualidad técnicamente tal indicación no constituye una "mención prohibida" simplemente porque la LPFMP la exige expresamente (aunque sea criticable), creemos que la inexactitud de la filiación sigue estando presente como supuesto de procedencia de la acción indicada, que no se reduce únicamente a los casos de "rectificación" propiamente dicha por error material o impropiedades sino también a otros cambios del estado civil permitidos por la ley, entre los que es perfectamente ubicable, el estado filiatorio (aunque en el caso referido propiamente no exista cambio de filiación). No creemos procedente el ejercicio de una acción filiatoria, en el caso de que no coincida indicación de la partida con la prueba de ADN en sede administrativa, toda vez que el indicado como padre, no tiene la carga de probar la filiación, pues ésta corresponde al hijo. La indicación del padre en la partida –que hace la nueva ley– no invierte la carga de la prueba en materia filiatoria.

[66] No es el sujeto indicado como padre el que tiene el peso o la carga de acudir a juicio a impugnar la filiación indicada en la partida porque ésta, según hemos reiterado, no ha quedado legalmente establecida, aun cuando tenga la opción judicial en razón de su propio interés de solicitar que sea eliminada tal mención por vía de rectificación. Lo contrario, constituiría una violación del derecho a la defensa del sujeto indicado como tal.

[67] Distinto es –según expresamos– el caso del sujeto indicado como padre en la partida que ha resultado confirmado con la correspondiente experticia de ADN en el ámbito administrativo. De conformidad con el artículo 29 LPFMP en tal caso sí queda establecida legalmente la paternidad y se expide una nueva partida, por lo que el presunto progenitor que no esté de acuerdo con tal resultado de la prueba científica o pretenda atacar la misma, debe hacerlo judicialmente mediante una acción de impugnación de filiación o de impugnación de paternidad.

la remisión del expediente al Ministerio Público a los fines del ejercicio de las acciones correspondientes, esto es, la acción de inquisición de la paternidad o reconocimiento forzoso de la filiación[68]. Y además porque interpretar lo contrario sería una franca y evidente violación del derecho a la defensa y el debido proceso[69] respecto del sujeto indicado como padre en la partida inicialmente levantada. De allí que la única conclusión posible, es que la indicación del nombre del padre en la partida de nacimiento –según hemos reiterado[70]– carece de valor probatorio a efectos legales[71], hasta tanto no sea legalmente establecida la paternidad. En consecuencia, en modo alguno puede pretenderse la inversión de la carga de la prueba en cabeza del sujeto indicado como presunto padre en la partida inicialmente expedida.

Todo lo reseñado nos da una idea de la inconveniencia de la orientación seguida por la nueva ley: va contra el carácter preciso y permanente de las actas del estado civil, siendo que el más afectado por los problemas prácticos que generará tal normativa será el propio niño o adolescente, quien quizás pase un tiempo considerable utilizando una partida provisional o carente de valor probatorio en lo que respecta a la indicación del padre extramatrimonial. De tal suerte, que el sistema adoptado podría perjudicar al menor, cuyo interés superior protege arduamente el orden jurídico[72].

Ahora bien, no indica la norma la suerte de la partida inicialmente levantada con la mención del padre, en caso disconformidad, una vez que la paternidad sea descartada o confirmada judicialmente, por lo que cabe concluir que, a falta de previsión especial, procedería la aplicación del sistema de la nota marginal[73]. Sirva el ejemplo, para denotar la absoluta

---

[68] Véase artículos 31 y 23 letra “c”.
[69] Véase artículo 49 de la Constitución.
[70] Véase *supra* N° VIII.1.
[71] Tales como sucesiones, obligación de alimentos, patria potestad, etc.
[72] Véase: Artículo 8 de la LOPNNA; artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 78 de la Constitución.
[73] Sin embargo, alguien podría argumentar que ha de seguirse la solución de la ley en vía administrativa de levantar una nueva partida (artículos 27 y 29 LPFMP). Creemos que tal opción precisaría de disposición expresa respecto a decisiones jurisdiccionales, pero además sería perjudicial porque la sentencia podría tener lugar mucho tiempo después del inicial trámite administrativo y porque el legislador prevé el levantamiento de una nueva partida en casos que asimila al reconocimiento voluntario.

inconveniencia del sistema adoptado por la nueva ley: ¿Tiene sentido extender una partida de nacimiento provisional que quedará sin efecto al tener lugar el reconocimiento en vía administrativa? ¿No era más lógico y práctico que dicha investigación de la paternidad no afectara la suerte de un documento fundamental como el acta de nacimiento? ¿Cuánto tiempo podrá transcurrir hasta que sea confirmada la indicación de la paternidad extrapatrimonial mientras el hijo tiene una partida de nacimiento con una mención provisional carente de valor probatorio? La exactitud y permanencia del acta de nacimiento, así como el verdadero interés superior del menor, han quedado relegados en miras a una presunta protección que seguramente presentará más problemas que soluciones[74]. Sería recomendable que de *lege ferenda*, puedan corregirse las inconsecuencias de esta ley especial, de tal suerte que manteniéndose la investigación de la filiación, se proceda al levantamiento de la respectiva partida de nacimiento con los datos que jurídicamente se puedan acreditar o probar al momento de su expedición; y que el reconocimiento establecido en un momento posterior se incorpore a ésta como prevé el artículo 472 CC, por vía de nota marginal. Esto, a objeto de no convertir en regla, lo que a la larga pudiera perjudicar a quien se pretende proteger, como es lo es el niño, niña o adolescente. A nuestro criterio, resulta lamentable que lo positivo de la investigación administrativa que tienda a facilitar el establecimiento de la paternidad, venga acompañada de una serie de impropiedades jurídicas y prácticas en torno a la suerte y vigencia de un instrumento fundamental de identificación como lo es la partida de nacimiento.

---

[74] Vale preguntarse por ejemplo: Si se obliga a acudir a la vía jurisdiccional para eliminar la indicación de la partida no obstante haber resultado disconforme con la prueba de ADN ¿no tendremos un menor con una mención paterna que no se corresponde con su filiación real? ¿Tiene sentido imponer a los interesados en tal caso la carga de acudir al órgano jurisdiccional? ¿Cuánto tiempo o años podrán pasar hasta que se tenga sentencia definitivamente firme respecto a una mención carente de valor probatorio? ¿Es lógico que se le imponga a un hombre teniendo inclusive una experticia disconforme la carga de solicitar la eliminación de tal mención por vía judicial? Por otra parte, quedan pendiente otras interrogantes extrajurídicas que sólo el tiempo podrá evidenciar: ¿El Ministerio Público podrá asumir operativa y prácticamente todas las acciones filiatorias que serán llevadas al ámbito jurisdiccional? ¿El Estado podrá cargar con todo el costo económico que suponen las experticias científicas? ¿Las imprentas privadas cumplirán con la gratuitad de los carteles y de no ser así valdrá la pena el costo del procedimiento tributario sancionatorio?

Finalmente, el artículo 31 de la LPFMP indica que transcurrido el lapso de comparecencia sin que la persona indicada como padre haya comparecido a aceptar o negar su paternidad, se remitirán las actuaciones al Ministerio Público, a los fines de iniciar el proceso judicial filiatorio correspondiente[75]. Circunstancias que según vimos debía ser advertida en la correspondiente notificación de conformidad con el artículo 23 *eiusdem*[76]. Así, pues, el Ministerio Público deberá iniciar las diversas acciones filiatorias de reconocimiento forzoso que tengan lugar con ocasión del presente procedimiento[77]. El citado artículo 31 *eiusdem* culmina señalando la posibilidad del Juzgador en sede jurisdiccional de ordenar con carácter obligatorio la prueba de ADN u otras experticias científicas, respecto de las cuales se garantiza la gratuidad por parte del Estado. Este último aspecto de la gratuidad de dicha prueba constituye un avance en el establecimiento judicial de la filiación, toda vez que con anterioridad se indicaba que el costo le correspondía al promovente o a ambas partes si era ordenada de oficio, e inclusive alguna decisión judicial llegó a indicar que recaía sobre el demandado[78]. Ante la dificultad del actor de cubrir los costos de dicha prueba o la injusticia de imputárselo exclusivamente al demandado, parece consecuente que el costo de las experticias científicas filiatorias no sean un obstáculo en la determinación de la filiación.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, presenta el mérito de propiciar el reconocimiento de la filiación paterna extramatrimonial a nivel administrativo, con la garantía de gratuidad en la experticia científica de ADN.

---

[75] Se indica: "Transcurrido el lapso de comparecencia sin que las persona señalada como padre acuda a aceptar o negar su paternidad, se remitirán las actuaciones al Ministerio Público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, a los fines de iniciar el procedimiento de filiación correspondiente.
En los procedimientos de filiación el juez o jueza competente podrán ordenar con carácter obligatorio pruebas de filiación biológico Ácido Desoxirribonucleico (ADN) y otras experticias pertinentes, las cuales deberán ser garantizadas gratuitamente por el Estado".
[76] Véase *supra* N° VIII.2.
[77] Cabría preguntarse si dicho ente está en capacidad operativa de asumir todas las acciones judiciales en materia de filiación extramatrimonial que tendrán lugar por está vía.
[78] Véase: Domínguez Guillén, *Notas...,* pp. 177-179.

Ahora bien, pensamos que constituye un elemento negativo el tratamiento que dicha ley especial pretende darle a la declaración obligatoria de la madre respecto a la paternidad en la filiación extramatrimonial y a la suerte de la correspondiente partida una vez levantada. Reiteramos a lo largo de las presentes líneas, que no obstante tal pretensión en modo alguno se podrá obligar a la madre a indicar la identificación del padre y mucho menos se podrá condicionar el levantamiento del acta de nacimiento del niño a tal indicación, porque ello constituiría una evidente violación del artículo 56 de la Carta Magna que consagra el derecho de toda persona a ser inscrita inmediatamente en el Registro del Estado Civil, a los fines de la obtención de sus instrumentos de identificación. La protección al menor, a los fines de evitarle menciones estigmatizantes, permite concluir como es obvio que no se hará mención alguna a las circunstancias por las que la madre omite tal mención.

En todo caso, dicha mención del padre extramatrimonial prevista en la LPFMP no presenta ningún valor probatorio, hasta tanto no sea legalmente establecida la paternidad, por lo que sin que medie dicho establecimiento filiatorio, ni siquiera puede tenerse como cierta hasta prueba en contrario; adicionalmente el reconocimiento es por esencia un acto personalísimo que precisa ser tal para desplegar efectos. La indicación del progenitor hecha por la madre, sólo genera el inicio del correspondiente procedimiento administrativo a los fines del reconocimiento o establecimiento de la paternidad y no invierte en modo alguno la carga de la prueba en cabeza del sujeto indicado y así lo admite la propia normativa cuando prevé la remisión de las actuaciones al Ministerio Público, a los fines del ejercicio de las acciones correspondientes.

La ley reviste de provisionalidad el acta de nacimiento dado el levantamiento a posteriori de otra partida de nacimiento, que deja sin efecto la anterior, en caso de que se confirme la paternidad en vía administrativa, lo que se tendrá como un reconocimiento voluntario. En caso de disconformidad con la prueba científica en sede administrativa, la LPFMP dispone la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional.

Finalmente, no prevé la ley el destino de la partida inicialmente levantada y cuya paternidad es posteriormente descartada o confirmada judicialmente, por lo que a falta de previsión especial se aplicará el sistema de la nota marginal, pero ello nos da una simple idea de la inconveniencia del sistema adoptado por la nueva normativa. Los problemas de

documentación que podrán suscitarse para el menor, durante el considerable transcurso del tiempo en que se dilucide la paternidad indicada por su madre, podrían evitarse omitiendo la mención del padre sin prueba alguna, mientras se indaga administrativa o judicialmente sobre dicha filiación. Sin embargo, sería particularmente útil que de *lege ferenda*, se subsanen los inconvenientes indicados, a fin de no afectar la suerte del instrumento fundamental de identidad en perjuicio de quien se pretende proteger, a saber, del hijo.

Las actas del estado civil son instrumentos fundamentales y de vital importancia en la vida jurídica del ser humano. De allí el derecho constitucional de toda persona a ser inscrita inmediatamente en el Registro del estado civil. Una norma legal no puede limitar tal derecho porque sería inconstitucional, por lo que es obligación del intérprete corregir las impropiedades del legislador en beneficio del orden jurídico.

Capítulo IX

Reconocimiento forzoso de la filiación (notas sobre el Artículo 210 del Código Civil)

1. **Generalidades.**
2. **El artículo 210 del Código Civil: 2.1** *Contenido* **2.2** *Antecedentes* **2.3** *Importancia.*
3. **El reconocimiento judicial de la filiación (según el artículo 210 CC) 3.1** *Amplitud probatoria:* **3.1.1** Todo género de pruebas. **3.1.2** Experticias hematológicas y herederobiológicas. **3.2** *Establecimiento automático*: **3.2.1** La posesión de estado **3.2.2** La cohabitación de los progenitores durante la época de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período.

1. GENERALIDADES

La filiación es el vínculo de sangre o parentesco consanguíneo existente entre dos personas, siendo la más importante, la que tiene lugar entre padres e hijos[1], porque de ella se desprenden trascendentes efectos jurí-

[1] Véase: Varsi Rospigliosi, *Ob. Cit.,* p. 31, indica que la filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes; y en sentido esctricto, es la que vincula a hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos; Guerrero Quintero: *Genética...*, p. 470, define la filiación como la relación de orden natural y jurídica que une a los hijos con sus progenitores.

dicos. Dicha filiación se deriva de distintas fuentes según el origen del vínculo, así la filiación *matrimonial*, supone simplemente el matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo dentro de éste, procediendo *ope legis*, la presunción de paternidad[2]. Por su parte, la filiación *no matrimonial*, esto es, cuando los progenitores no están unidos en matrimonio, presenta una dinámica diferente en cuanto a su establecimiento[3].

En efecto, la filiación extramatrimonial[4] precisa para su establecimiento legal, de la figura del reconocimiento, es decir, de una suerte de declaración del correspondiente vínculo. La doctrina distingue que dicho reconocimiento puede ser *voluntario*[5], a través de un acto o negocio jurídico del

[2] Véase artículo 201 CC.
[3] Véase sobre la determinación de la filiación en caso reproducción asistida: TSJ/Sala Constitucional, Sent. 1456 del 27-7-06, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm
[4] Véase sobre la filiación extramatrimonial: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 385-453; Bonilla Pereira y Guerrero. *Ob. Cit.*; Terán Lomas, *Ob. Cit.*; Santamaría Archila, *Ob. Cit.,*; Marulanda de Arana, *Ob. Cit.*; Alemany Verdaguer, *Ob. Cit.*; Oltra Molto, *Ob. Cit.,*; Cafferata, José Ignacio: *La filiación natural.* Argentina, Córdoba, Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1952; Alza Vásquez, Ricardo Manuel: *Filiación extramatrimonial en* http://www.monografias.com/trabajos29/filiacion-extramatrimonial/filiacion-extramatrimonial.shtml; Cicu, *Ob. Cit.*; López del Carril, *Ob. Cit.*; Cominelli, *Ob. Cit.*; Méndez Costa, *Ob. Cit.*; Méndez Costa, María Josefa: *Visión jurisprudencial de la filiación.* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997; Gesche Müller, Bernardo: *Investigación de la paternidad ilegitima.* N° 3. Concepción, Departamento de Divulgación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1967; Durán Acuña, *Ob. Cit.,* pp. 57-76. Véase sobre la filiación en el CC de 1942: Bocaranda Espinoza, *La filiación adulterina...,* pp. 399-425; Sansó, *Ob. Cit.,* Loreto, Luis: *La acción y el proceso de filiación natural en el Derecho venezolano.* En: *Ensayos Jurídicos.* Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt / Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 1987, pp. 495-533; Álvarez, Tulio Alberto: *Antecedentes y evolución de la legislación sobre filiación ilegítima en Venezuela.* En: *Revista de la Facultad de Derecho N° 30,* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Año 1980-81, pp. 337-377; Roversi Thomas, Rafael E.: *Consideraciones Jurídicas acerca de la familia nacida de uniones no matrimoniales.* En: *Revista de la Facultad de Derecho Nos 43-45,* Valencia, Universidad de Carabobo, 1970-1972, pp. 111-154; Torres-Rivero, Arturo Luis (recopiliación y notas por); el artículo 75 (¿Programático u operativo?) de la Constitución de 1961 y el establecimiento legal de la filiación natural. Historia Jurídica Venezolana. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1971; la acción de inquisición de la paternidad natural en el Derecho venezolano (Sentencia de la Corte Federal de 29 de octubre de 1954). Caracas, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, Fundación Rojas Astudillo, editorial Ragón C.A., 1955. Véase también: Abouhamad Hobaica, Chibly y Juan José Bocaranda E.: *La situación legal de los hijos extramatrimoniales*. Caracas, Tipografía Principios, 1982.
[5] Véase: Domínguez Guillén, *El reconocimiento...,* pp. 27-68 (Véase *supra* N° VII). Véase también: Albaladejo García, *El reconocimiento...*; Pozo Vilches, *Ob. Cit.*; Mendoza Otiniano: Victoria Esther: *Apreciaciones sobre el reconocimiento en la filiación extramatrimonial.* En: *Iuris Lex Societas,* 03-07-05, http://www.unitru.edu.pe/cultural/revistas/iurislexsocietas/index.php?option=content&task=blogsection&id=4&Itemid=34

progenitor[6], o en ausencia de éste, puede ser *judicial o forzoso*, es decir, mediante un procedimiento jurisdiccional[7]. De tal suerte, que el reconocimiento filiatorio puede ser de dos maneras: *voluntario* y *forzoso*[8].

Precisamente, el artículo 210 del CC alude al reconocimiento forzoso o judicial de la filiación que procede a falta de reconocimiento voluntario del progenitor[9] como acertadamente indica la frase con la que comienza dicha norma[10]. Obviamente el *reconocimiento* tiene lugar en mate-

---

[6] Véase: Domínguez Guillén, *El reconocimiento...,* pp. 28 y 29, es un negocio jurídico, esto es, una declaración de voluntad dirigida a producir efectos legales, que tiene por objeto el establecimiento voluntario y espontáneo de la filiación extramatrimonial.

[7] Véase: Marulanda de Arana, *Ob. Cit.,* p. 43; Santamaría Archila, *Ob. Cit.,* pp. 102 y 103; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 368; D' Jesús, *Ob. Cit.,* p. 129; Bocaranda, *Análisis...*, p. 138; Bocaranda, *Guía...,* pp. 53 y 54; O'Callaghan, *Ob. Cit.,* p 387; Bonnecase, *Ob. Cit.,* pp. 278 y 279. Véase también: Peñailillo Arévalo, Daniel: *Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad.* En: *Revista de Derecho,* Universidad de Concepción N° 204, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, Chile, Año LXVI, julio-diciembre 1998, pp. 7-30; Urbano-Taylor Romero, Zenaida: *La acción de inquisición de la paternidad y la filiación extramatrimonial.* Caracas, Tesis de Grado Universidad Católica "Andrés Bello", Dirección General de los Estudios de Postgrado, Especialista en Derecho de Familia y Menores, 2002.

[8] Véase: TSJ/SCS, Sent. 2-7-00, J.R.G., T. CLXVII, p. 119, el establecimiento de la filiación paterna sólo procede por declaración voluntaria del padre (reconocimiento) o por establecimiento judicial de filiación en juicio contencioso; GUSCMBTPNA, Sent. 19-1-05, Exp. 5.632-04 http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/enero/350-19-5632-04-07.html "ha sido el criterio sustentado por la totalidad de los Juzgados Superiores del país... que para el establecimiento de la filiación sólo procede por la declaración voluntaria o reconocimiento o por establecimiento judicial de la filiación en juicio contencioso, en este sentido, ordenar la inscripción de las niñas... como hijas del ciudadano ... sin que haya habido reconocimiento o juicio ha sido un error de suma gravedad por cuanto se ha creado un falso estado civil..."; BATPNA1, Sent. 31-7-06, Exp. C-6561-06 http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/817-31-C-6561-06-.html de la norma transcrita se infiere que la filiación queda legalmente establecida cuando exista reconocimiento voluntario, y a falta de éste por vía judicial.

[9] Véase: AMCTPNA4, Sent. 23-11-06, Exp. AP51-V-2004-000916, http://corte-marcial.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/2079-23-AP51-V-2004-000916-PJ0042006001669.html. La acción de establecimiento de filiación paterna se encuentra consagrada en el artículo 210 del Código Civil y a través de ella se trata de establecer legalmente el vínculo de filiación natural biológica que existe entre una persona y un hombre que se pretende tener por padre, cuando éste no ha reconocido voluntariamente aquélla; MITPNA1, Sent. 17-2-03, Exp.5573-2001, http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2003/febrero/97-17-5573-2001-.html Dentro de las acciones de filiación, se prevé la acción de inquisición de paternidad, cuyo objeto..., es lograr una decisión judicial en la que se establezca legalmente la filiación paterna entre el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio y el hombre que pretende tener por padre, cuando éste no lo ha reconocido espontáneamente.

[10] Véase comienzo del artículo 210 CC: "A falta de reconocimiento voluntario...".

ria de *filiación extramatrimonial*[11]. De existir una filiación matrimonial, así como otra filiación extramatrimonial preestablecida, se debe impugnar previamente la misma a los fines de posteriormente acceder al reconocimiento de la filiación, bien sea *voluntario*, así como *forzoso* (acción de inquisición de la paternidad o la maternidad)[12].

[11] Véase: Domínguez Guillén, *El reconocimiento...*, pp. 43-47. De tal suerte que obviamente no procede la acción de inquisición de la paternidad, en materia de filiación matrimonial, por ejemplo ante omisiones o inexactitudes al extender la partida de nacimiento. Y así por ejemplo cuando en esta última se omite el nombre del esposo de la madre o se coloca que es hijo extramatrimonial no siéndolo, ello se subsana mediante el correspondiente juicio de rectificación de partidas (en caso de inexactitudes, omisiones o menciones prohibidas de conformidad con los artículos 462, 451 y 501 CC), y no por inquisición de paternidad, véase no obstante sentencia donde impropiamente se considera esto último en: MEICMT2, Sent. 19-7-06, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/962-19-7699-.html. Es de indicar también que la partida de nacimiento en la filiación extramatrimonial donde la madre indique al presunto padre sin que éste haya manifestado su voluntad, no tiene valor probatorio respecto de tal indicación por constituir una mención prohibida (451 CC); las declaraciones de las partes (exigidas por la ley) se tienen por ciertas hasta prueba en contrario (457 CC); la partida tiene el carácter de auténtica únicamente respecto de las declaraciones que le constan al funcionario (1.359 CC). Véase, concediéndole impropiamente valor a la mención de la madre sobre el nombre del pretendido progenitor en la filiación matrimonial (en un juicio de inquisición de la paternidad); APTPNA2, Sent. 27-7-06, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/443-27-12884-.html. Original Certificada del Acta de Nacimiento del niño..., donde queda probado que es hijo de la ciudadana..., quien señala como padre al ciudadano ...este Tribunal la estima y valora de conformidad con lo dispuesto en el artículos 1.357 y 1.359 del Código Civil, haciendo fe de su autenticidad por ser emanada de un organismo competente.

[12] Sin embargo, se aprecian decisiones judiciales que impropiamente en el mismo proceso de inquisición de paternidad pretenden resolver la impugnación de la filiación legalmente establecida, véase; TRUICMATBC3, Sent. 25-9-06, Exp. 8467-03 http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/1611-25-8467-03-.html; AMCTPNA4, Sent. 23-11-05, Exp. AP51-V-2004-000916 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/2079-23-AP51-V-2004-000916-PJ0042006001669.html; LATPNA2, Sent. 22-6-04, Exp. KP02-Z-2003-000931 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/645-22-KP02-Z-2003-000931-.html, no obstante, ésta última indica que "...todo lo cual constituye un error conceptual debido a que lo procedente sería que hubiese intentado primero una acción de desconocimiento de la paternidad cuyo demandante sería... y los legitimados pasivos serían su esposa y el prenombrado niño, posteriormente vendría intentar una acción de Inquisición de Paternidad contra...", pero la citada decisión agrega que "...Aplicando los principios de la prioridad absoluta de niños y adolescentes y el de inmediatez, concentración y celeridad procesal, se sustanció la causa y debemos entender que lo procedente es tomarlo como una acción de Inquisición de Paternidad".

2. EL ARTÍCULO 210 DEL CÓDIGO CIVIL

2.1 *CONTENIDO*

El artículo 210 del CC de 1982 dispone:

> A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra.
>
> Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda.

Dicha norma consagra la *libertad probatoria* en materia de establecimiento judicial de la filiación extramatrimonial. En su primer párrafo o encabezamiento tal amplitud se evidencia a nivel procesal al admitir, cualquier género de pruebas, incluyendo las científicas, tales como *las experticias hematológicas y heredobiológicas*. La parte final del párrafo prevé una consecuencia procesal admitida a nivel general[13], a saber, que la negativa del demandado a practicarse tales exámenes se considerará como una presunción en contra.

El segundo párrafo o único aparte de la disposición alude a lo que podríamos denominar una suerte de establecimiento "automático" de la filiación, a través de dos figuras o elementos, no necesariamente concurrentes, que pudiera hacer valer el demandante; 1.- la *posesión de estado* de hijo o 2.- la *cohabitación* de los progenitores en el período de

[13] Véase artículo 505 del Código de Procedimiento Civil.

concepción del hijo (salvo prueba de relaciones sexuales externas). A todo evento, a falta de tales supuestos, se deja a salvo la posibilidad de probar la filiación por otros medios, lo cual lleva a la idea inicial de la propia norma, esto es, la amplitud probatoria[14].

De no lograrse acreditar la filiación con la posesión de estado o la cohabitación de los progenitores durante el lapso de concepción, el vínculo puede ser establecido judicialmente con todo género de pruebas, inclusive exámenes o experticias hematológicas y heredobiológicas[15]. El artículo 210 CC no obstante su redacción y ubicación, no está limitado a la

[14] Véase: Perera Planas, *Análisis*..., p. 195. "Se plantea en este artículo una mezcla de normas anteriores, tales como el artículo 219 del Código anterior, 220 y la admisión de nuevas pruebas, la experticia hematológica y las heredo-biológicas. Ante éstas y la negativa a someterse a ellas, se crea una presunción 'en su contra'. Se establece la paternidad por la posesión de estado; o por la cohabitación del padre y la madre durante el tiempo de la concepción y la identidad del hijo habido y que se conciba durante dicho período. Salvo en este último caso que la madre mantuviera relaciones sexuales anotadas no impiden la prueba de la paternidad por otros medios... Trata el artículo del establecimiento de la filiación extramatrimonial, cuando no existe reconocimiento voluntario. En tales casos se abre el contenido de las pruebas posibles en juicio, agregando a las conocidas, las experticias hematológicas y heredobiológicas"; García de Astorga, *Principales*..., pp. 66 y 67, la filiación extramatrimonial puede ser establecida judicialmente, con todo género de pruebas y se agrega expresamente en este rubro las experticias hematológicas y heredo-biológicas consentidas por el demandado. Es ésta, en materia de filiación la reforma sustancial y de fondo, que abre a todos los hijos nacidos fuera del matrimonio la posibilidad de establecer su filiación sin ninguna traba al respecto, de esta forma se elimina la discriminación que pesaba sobre los hijos adulterinos, injustamente marginados y a quienes no les estaba permitido el establecimiento de su filiación paterna. También se facilita el establecimiento de la filiación paterna en juicio, en primer término ésta quedará establecida con la demostración de la posesión de estado; o con la prueba de la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción del hijo, unida a la identidad del reclamante con el concebido durante aquel período. Se mantienen las excepciones de fondo comunes en este tipo de procedimientos; pero aun demostrados los hechos que las configuran –relaciones sexuales con otros hombres, o prostitución de la madre durante el período de la concepción– como lo expresa la ley, esto no impide al hijo la prueba por otros medios de la paternidad que demanda".

[15] Véase: CSJ/Cas, Sent. 24-2-94, J.R.G., T. CXXIX, p. 497; SUTPNA1, Sent. 26-7-06, Exp. TP1- 1260-04, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/1238-26-TP1-1260-04-.html. Se ha establecido a nivel jurisprudencial y doctrinal que la prueba permitida en estos procedimientos es de cualquier tipo, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredobiológicas, las cuales no fueron consentidas por el demandado... ya que de autos se evidencia que este Tribunal fijó la fecha de realización de la Prueba. Por otro lado también se ha afirmado que la paternidad puede quedar establecida con probar la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación de la madre y el padre durante la concepción, excepto cuando la madre ha tenido otras relaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 210 del Código Civil. Véase también: AMCSFM2, Sent. 17-9-97, J.R.G., T. CXLIV, pp. 88 y 89. En efecto, como puede observarse del art. 210 del CC se abre la posibilidad de plantear judicialmente una acción de inquisición de paternidad, cuando no ocurre el reconocimiento voluntario, en su encabezamiento, permite el uso de todo tipo de pruebas incluyendo los

"paternidad" aunque la mayoría de las acciones sean tales, por lo que en cuanto a su funcionamiento y esencia, aplica igualmente a la "maternidad"[16] y así lo ha indicado acertadamente la doctrina[17]. Por ende, respecto de la acción de inquisición de la maternidad es predicable igualmente la libertad probatoria incluyendo las pruebas científicas, la presunción en contra y la preeminencia de la posesión de estado en el establecimiento automático de la filiación.

Las ideas anteriores contenidas en el artículo 210 CC las trataremos con mayor detalle en las próximas líneas[18].

2.2 *ANTECEDENTES*

La norma del artículo 210 del CC vigente se presenta como una de las innovaciones más trascendentales de la Reforma de 1982 en atención a la verdad, unidad e igualdad de la filiación[19], pues el CC de 1942, si

---

exámenes o experticias hematológicas y heredobiológicas: pero el único aparte de la disposición condiciona el establecimiento de la paternidad a que se pruebe posesión de estado o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo concebido en dicho período. De modo que mediante esta disposición el legislador ha querido ser muy exigente en cuanto a la comprobación de la paternidad. Los jueces deben ser muy cuidadosos al tratar una materia tan importante como la relativa al estado de las personas, filiación, en las cuales estén interesados el orden público y las buenas costumbres, y así se declara.

[16] Véase: BOTPNA3, Sent. 20-9-06, Exp. FP02-V-2006-0000426 http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/1967-20-FP02-V-2006-0000426-PJ0232006000199.html. En abundancia y con relación al contenido del Artículo 210 del Código Civil, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de fecha 26-07-2001, establece: "Consagra la prenombrada disposición el principio de libertad probatoria en los juicios para la determinación de la filiación, cuando ésta no ha sido legalmente establecida, es decir, en aquellos juicios de inquisición de paternidad o maternidad"; LATPNA1, Sent. 27-1-06, Exp. Nº 1SJ-3206-04 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/646-27-1SJ-3206-04-79-2006.html el artículo 210 CC alude a aquellos juicios de inquisición de paternidad o maternidad.

[17] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 443.

[18] Véase *infra* N° IX.3.

[19] Véase D'Jesús, *Ob. Cit.*, pp. 104 y 105. La estructura de la filiación en la Reforma del Código Civil de 1942, obedeció excesivamente a una visión dogmático-jurídica, concretada sobre todo en desarrollar los principios de la UNIDAD y de la IGUALDAD de la Filiación... La búsqueda de la filiación para toda clase de hijos se va a realizar a partir de la reforma con la más amplia libertad probatoria y con absoluto olvido de la condición de los padres para el momento de la concepción de sus hijos, derogando pues la Reforma todas las normas contenidas en ...Código Civil de 1942, quedaron impresos los esfuerzos del legislador por hacer prevalecer la Filiación biológica sobre la Filiación legal". Sobre tales principios en la Reforma de 1982, véase: Ramos Sojo, *Unidad...*, pp. 113-143. Refiere Ramos que la verdad de la filiación supone que toda filiación debe ser establecida jurídicamente y en principio coincidir con la biológica (*Ibíd*., p. 134) en tanto que la unidad e igualdad de la filiación está consagrada en el artículo 234 del CC (*Ibíd*., p. 133).

bien permitía el establecimiento judicial de la filiación extramatrimonial no lo consideró en todos los casos[20]. La acción de inquisición de la paternidad y la maternidad ya no está limitada por las restricciones del Código anterior[21].

Vale citar algunos proyectos relativos a la materia que tuvieron lugar con anterioridad a la Reforma del Código Civil de 1982; el *Proyecto de Ley que regula la filiación consanguínea de julio de 1979*, contenía una referencia a la libertad probatoria y a las pruebas científicas[22], a la posesión de estado como prueba de la filiación[23] y a las relaciones carnales entre los progenitores durante el lapso de concepción a los fines de comprobar el nexo biológico[24]. El *Anteproyecto de Ley sobre la igualdad jurídica de las personas en cuanto al matrimonio y a la familia de octubre de 1975*, se refería fundamentalmente a la pose-

[20] Véase: López Herrera, *Derecho...*, T. II, pp. 394-397; Ramos Sojo, *Unidad...*, pp. 127 y 131, aunque el Código Civil de 1942 constituye un notable avance al ampliar las formas del reconocimiento voluntario y concediendo cierta libertad para el reconocimiento judicial, conservó la prohibición de los artículos 220 y 225, la cual fue eliminada en el CC de 1982; Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* 92, debe destacarse que la Ley de Reforma Parcial tiene el mérito de haber corregido la inconsecuencia del CC de 1942 que admitía el reconocimiento voluntario como prueba de la maternidad y la paternidad y en cambio no admitía como tal la posesión de estado.

[21] Véase artículos 220 y 225 del CC de 1942. Artículo 220: "La acción de inquisición de la paternidad ilegítima no podrá declararse con lugar cuando la madre, durante el período de la concepción, ha tenido relaciones carnales con otro individuo o ha sido de mala conducta.
No se permitirá al hijo la inquisición de la paternidad si en el momento de la concepción existía en el padre algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio a menos que antes de intentarse la acción haya cesado el impedimento". Artículo 225: "Si en el momento de la concepción del hijo existía en uno de los padres algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio, la madre siempre tendrá derecho a reconocerlo, pero él no podrá verificar válidamente el reconocimiento sino después que haya cesado el impedimento".

[22] Artículo 13: "En la determinación del nexo biológico paterno o materno son admisibles todos los medios de pruebas particularmente las experticias hematológicas y biotipológicas. También son admisibles todos los medios de prueba para desvirtuarla".

[23] El artículo 4, señalaba que "la filiación consanguínea resulta: ...3° De la posesión de estado de hijo".

[24] El artículo 46 indicaba: "Para demostrar el nexo biológico el accionante debe comprobar: 1.- La existencia de relaciones carnales entre su madre y el presunto padre durante el período legal de la concepción; 2.- El parto de la madre; 3.- La identidad del nacido de esa relación con el accionante". Así mismo, el artículo 47 refería: "La circunstancia de que la madre del accionante haya mantenido relaciones carnales con más de un individuo durante el período legal de su concepción no hace inadmisible la inquisición de la paternidad".

sión de estado[25], consagrada actualmente en el artículo 214 del CC vigente. El *Anteproyecto de Ley de Reforma a Algunas Instituciones de la Familia de junio de 1974*, en su artículo 15 contenía una referencia a la posesión de estado, a la libertad probatoria y al valor de indicio de la negativa injustificada[26]; en su artículo 14 aludía al valor de la posesión de estado por sí sola como prueba de la filiación[27]. En 1970 el *Proyecto de Ley de la Inquisición de la Paternidad natural*, señalaba en su artículo 2, ordinal 4, entre las pruebas de la paternidad, que entre el pretendido padre y la madre hayan existido relaciones sexuales durante el lapso de concepción.

En cuanto a las discusiones parlamentarias del artículo vigente, en el Proyecto de CC de 1982, la norma objeto de comentarios presentaba una redacción diferente, pues no incluía la referencia a la posesión de estado y a la negativa del demandado a someterse a las experticias científicas[28]. Tal texto se repetía en la discusión ante la Cámara de

[25] Que disponía "A falta de reconocimiento, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede establecer su filiación paterna por la posesión de estado.
A tal efecto, no se requiere el uso del apellido del padre, bastando para declarar la posesión de estado, la concurrencia de hechos suficientes y propios para demostrar que la persona goza del estado o condición de hijo respecto al individuo que pretende tener por padre.
En todo caso, deben concurrir como requisitos el trato de hijo y la consideración de éste como tal en la sociedad y por la familia.
La prueba contraria puede establecerse en juicio, por cualquier medio".
[26] Señalaba que: "Si el hijo no goza de la posesión de estado tendrá acción para inquirir la filiación, la cual comprobada mediante un concurso de circunstancias que le permitan al Juez formarse racionalmente la convicción de certeza de la paternidad o maternidad reclamada.
Son admisibles todos los medios probatorios permitidos por el Código Civil y cualquier otro idóneo para probar la filiación. La negativa injustificada de la parte demandada a la realización de alguna prueba pericial tendrá el valor de un indicio".
[27] "El hijo tiene acción para reclamar judicialmente ser reconocido por sus padres o por uno de cualquiera de ellos.
El menor de edad es capaz para reconocer a su hijo.
La posesión de estado es por sí sola prueba de la filiación y resulta de una serie de hechos que en concepto del Juez demuestran el trato inequívoco de padre a hijo..." (Destacado nuestro).
[28] Véase: *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil*. Caracas, Imprenta del Congreso de la República, 1981, p. 39, "Artículo 210.- A falta de reconocimiento voluntario, la filiación paterna del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas o heredobiológicas, siempre que estas últimas hayan sido aceptadas por el demandado.
Queda determinada la paternidad, cuando se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período".

Diputados[29], pero la Subcomisión de Política Interior de la Cámara de Diputados cambió su redacción incluyendo la alusión a la posesión de estado y señalando la consecuente presunción en contra del demandado en caso de negativa a someterse a las pruebas científicas, de conformidad con el artículo 1399 del CC[30]. Dicho texto fue mantenido sustancialmente en la Cámara del Senado, no obstante el cambio de algunos términos y la eliminación de la remisión al citado artículo 1399 del CC[31], lo que da lugar a la norma vigente.

Se aprecia con fecha de entrada de 2003 a la Asamblea Nacional, el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Ma-*

---

[29] Véase: *Diario de Debates Cámara de Diputados.* T. XI, Vol. I, marzo-julio 1981, p. 98, sesión del 23 de marzo de 1981, *"Artículo 210.- A falta de..."*

[30] Véase: *Ley de Reforma Parcial del Código Civil. Resúmenes y Actas.* Comisión Técnica. Despacho de la Ministro del Estado para la participación de la mujer en el desarrollo, pp. 342 y 343, Informe de la Subcomisión de Política Interior de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de Reforma Parcial del Código Civil. "Artículo 210.- La Subcomisión recomienda una nueva redacción de este artículo en la cual se han incluido partes correspondientes a los artículos 212 y 214 del texto para la segunda discusión. Esto último en razón de conservar la posesión de estado como una posible prueba de la filiación pero más bien en términos contenciosos. Nótese, en este sentido, que más adelante se eliminan los artículos referidos al acta de notoriedad.
La posesión de estado puede ser prueba de filiación, siempre y cuando sea demostrada en juicio. Se debe notar que se ha separado la posesión de estado de los otros extremos (cohabitación e identidad) a objeto de que se entienda que pueden ser considerados en forma independiente.
El texto propuesto para este artículo es el siguiente:
Artículo 210.- A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como un presunción en su contra en los términos previstos en el artículo 1.399.
Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, salvo que la madre haya tenido relaciones carnales con otros hombres determinados, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad del demandado".

[31] Véase: Diario de Debates de la Cámara del Senado, T. XII, Vol. II, junio 1982- enero 1983, p. 743, sesión del 17 de junio de 1982 de la Cámara del Senado: "Artículo 210.- En el segundo párrafo de este artículo se propone sustituir la palabra 'carnales' por 'sexuales' y eliminar la palabra 'determinados'. Al final del artículo se propone sustituir 'del demandado' por 'que demanda'. Igualmente se propone eliminar la remisión al Artículo 1399, por cuanto quedaría sobreentendido de acuerdo con la doctrina existente sobre esta materia.
El texto propuesto es el siguiente:
Artículo 210.- A falta de reconocimiento voluntario...¨.

ternidad y la Paternidad que en su artículo 8 contenía una referencia a la prueba científica del ADN[32] y en su artículo 10 menciona la "*posesión de estado*". La LPFMP[33] consagra la gratuidad de la prueba de ADN en sede administrativa (art. 28) y judicial (art 31).

2.3. *IMPORTANCIA*

Sin lugar a dudas, el artículo en estudio constituye una de las más grandes innovaciones de la Reforma del CC de 1982 a los fines de facilitar sobremanera el establecimiento de la filiación extramatrimonial en el ámbito contencioso. Se pretende aligerarle al demandante la investigación de la misma mediante distintas posibilidades a lo largo del correspondiente juicio de inquisición de la paternidad o la maternidad, bien sea a través de acreditar la "*posesión de estado*"[34] o, junto con ésta o al margen de ésta, puede probar la *cohabitación* de los progenitores durante el lapso de concepción[35]. Pero más aún, si el actor no cuenta con ninguna de estas posibilidades igualmente podrá acceder a su estado filiatorio a través de cualquier género de pruebas[36], tales como las experticias científicas[37].

Ello es importante porque a partir de la citada Reforma del CC de 1982, a falta de reconocimiento voluntario, cualquier persona, puede demandar judicialmente el reconocimiento forzoso de su filiación, con las más amplias opciones desde el punto de vista probatorio. Inclusive, quien nunca haya disfrutado de posesión de estado porque es producto de una unión absolutamente pasajera, podría probar la paternidad o maternidad alegada con las respectivas experticias hematológicas y heredobiológicas.

La norma bajo estudio facilita el acceso al reconocimiento forzoso de la filiación y permite adecuar tal acción a las posibilidades probatorias del

[32] Véase: http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=535, N° Expediente 265, fecha de entrada 28/1/2003, refiere: que "...la investigación científica que establezca la paternidad, mediante la realización de pruebas científicas que incluya la del ADN..." (revisado el 15-4-07).
[33] G.O. 38.773 del 20-9-07.
[34] Véase *infra* N° IX.3.2.1
[35] Véase *infra* N° IX.3.2.2.
[36] Véase *infra* N° IX.3.1.1.
[37] Véase *infra* N° IX.3.1.2.

actor. De tal suerte que, de poder acreditar la posesión de estado o la cohabitación, el demandante la hará valer. Ahora bien, de no contar con ninguna de éstas, también podrá –con otros medios– pretender su filiación porque la misma no depende de la estabilidad de la relación de sus progenitores, toda vez que una sola relación sexual es suficiente a los fines de la generación.

En este sentido una decisión judicial cita palabras de César Augusto Montoya: "Es obvio pensar que un hombre pueda llegar a tener ayuntamiento con una determinada mujer, una sola vez; un solo día y que durante treinta o cuarenta años, después de ese momento, ellos no vuelvan a verse de nuevo. Tal hecho es perfectamente ocurrible, como también es cierto, e indiscutible que permanecer separados durante tantos años determina que no hubo posesión de estado a favor del hijo. Ahora bien, ello bajo ninguna circunstancia significa en Derecho que si la mujer quedó embarazada como producto de esa sola y única unión íntima, su pareja no sea el padre biológico del hijo producto de tan efímera unión. (...), Así pues, el sentido común nos indica que la procreación no depende si una relación fue efímera o por el contrario, fue duradera en el tiempo; aceptémoslo o no, existe una realidad social en la cual son innumerables las relaciones extramatrimoniales trayendo en muchos casos, la secuela de la concepción de un ser, quien no tiene la culpa y que lamentablemente corre con los errores de sus padres, porque muchas veces son rechazados por el propio progenitor, teniendo que recurrir a la reclamación de su filiación"[38].

Se aprecia así que la norma ofrece las más amplias opciones a favor de toda persona humana a los fines de su derecho al establecimiento del estado filiatorio[39]. La citada libertad probatoria es consecuente con el

[38] LATPNA1, Sent. 27-1-06, Exp. Nº 1SJ-3206-04 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/646-27-1SJ-3206-04-79-2006.html, indica la decisión que tal comentario lo expresó César Augusto Montoya, en un fallo de Inquisición de Paternidad dictado por él, cuando ejerció el cargo de Juez en el Tribunal Tercero de Primera Instancia de Familia y Menores del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 9 de marzo de 1998, confirmado luego por el Juzgado Superior Cuarto de Familia y Menores de Caracas, el 30 de mayo de 1999.

[39] Véase: TSJ/SCC, Sent. RC N° 01152 del 30-9-04, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Septiembre/RC-01152-300904-03799.htm. De acuerdo con la disposición jurídica citada, el legítimo interés faculta a todo sujeto a iniciar las acciones legales para averiguar su nexo filial, lo que quiere decir que la investigación de la paternidad es un derecho inherente a la persona, quien puede indagar, adecuar y establecer la verdad biológica respecto de la filiación.

derecho de todo niño de establecer su filiación y conocer a su padre y a su madre[40], consagrada en diversos instrumentos jurídicos[41]. La referencia al artículo 210 CC es constante en los juicios de inquisición de la paternidad, pero debe ser complementado con otras normas del Código Sustantivo[42] y disposiciones adjetivas[43].

3. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA FILIACIÓN (SEGÚN EL ARTÍCULO 210 CC)

3.1 *AMPLITUD PROBATORIA*

3.1.1 *Todo género de pruebas*

El artículo 210 del CC comienza consagrando la más amplia libertad probatoria en materia del establecimiento judicial de la filiación extramatrimonial[44]. Y así de conformidad con dicha norma, esta última podrá

[40] Véase: CSJ/Cas, Sent. 24-2-94, J.R.G,T. CXXIX, p. 494. Y conforme a la Exposición de Motivos, que justifica la Reforma Parcial del Código Civil llevada a cabo en el año 1982, todo el sistema probatorio se modificó para acatar lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución de 1961, según la cual "...la Ley proveerá lo conducente para que todo niño, sea cual fuere su filiación, pueda conocer a sus padres".
[41] Véase: artículo 56 de la Constitución de 1999, artículo 25 de la LOPNNA, artículo 7, numeral 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Véase citando tales textos: TSJ/SCS, Sent. N° 157 del 1-6-00, En: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/a157-010600-99278.htm; AMCCSPNA, Sent. 11-08-00, J.R.G., T. CLXVIII, pp. 45 y 46.
[42] Tales como los artículos 226 y ss. del CC. El artículo 228 consagra la imprescriptibilidad de la acción de inquisición frente al progenitor pero frente a los herederos concede 5 años. Véase no obstante, desaplicando dicho lapso en función del interés superior del menor: AMCSPTA, Sent. 1-4-02, J.R.G., T. CLXXXVII, pp. 29-33; APSCMTBPNA, Sent. 25-10-06, Exp. Nº 2.869 http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/444-25-2869-2869.html. Véase también: López Herrera, *Ob. Cit.,* p. 363, señala que la caducidad no puede correr cuando afecta derechos de menores de edad.
[43] Bien sea del Código de Procedimiento Civil o de la LOPNNA, según sea el caso.
[44] Véase: TSJ/SCC, Sent. 00172 del 11-3-04, J.R.G., T. CCIX, p. 528. Este principio de libertad probatoria para demostrar la filiación, es reiterado en el artículo 210 del Código Civil, de conformidad con el cual la paternidad no reconocida voluntariamente del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas. Véase también: TSJ/SCS, Sent. N° 93 del 3-5-00, En: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/93-030500-98012.htm.

tener lugar mediante "*todo género de pruebas*"[45]. Principio de prueba libre que posteriormente el Código de Procedimiento Civil de 1986 consagró genéricamente en su artículo 395. Por ende en los juicios filiatorios en general rige la amplitud de pruebas establecida en el Código Adjetivo, que incluye las experticias científicas, aun cuando algunas decisiones judiciales acuden al artículo 210 CC relativo al reconocimiento forzoso de la filiación para resolver problemas filiatorios distintos al previsto en tal norma[46].

Es obvio que la carga de la prueba la tiene el demandante a los fines que sea declarada con lugar su pretensión[47]. Dentro de la libertad pro-

[45] Véase: Viso, *Ob. Cit.,* p. 511, "A falta de este tipo de reconocimiento la filiación puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas"; García de Astorga, *Principales...*, p. 66; La Roche, *Ob. Cit.,* p. 60, Incorporó el Código de 1982, en materia de pruebas sobre la filiación y atinentes al cálculo de la concepción, una absoluta libertad para demostrar la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio (Art. 210); Bocaranda, *Análisis...,* p. 138; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 209. Véase también: AMCTPNA4, Sent. 23-11-06, Exp. AP51-V-2004-000916, http://corte-marcial.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/2079-23-AP51-V-2004-000916-PJ0042006001669.html. El nombrado artículo 210 y el 233 del Código Civil, otorga al demandante de una acción de Inquisición de Paternidad la posibilidad de comprobar la filiación reclamada por todo género de pruebas, esto incluye la experticia heredo-biológica. Véase también: Peñailillo Arévalo, *Ob. Cit.,* p. 28, alude a que la paternidad y maternidad puede establecerse mediante "toda clase de pruebas".

[46] En especial en lo atinente a la negativa a practicarse el examen en acciones de impugnación de paternidad o reconocimiento, se considera aplicable por analogía el artículo 210 CC, Véase: AMCICMT2, Sent. 13-7-06, Exp. N° F05-3453, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/2117-13-F05-3453-.html; MEICM2, Sent. 26-4-05, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/962-26-7501-.html; ZUTPNA3, Sent. 19-1-06, Exp. 3565 http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/523-19-3565-58.html; MOICM2, Sent. 7-7-06, Exp. Nº 7975, http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/1698-7-7975-.html; METPNA1, Sent. 17-11-04, Exp. 10180 http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/1024-17-10180-1.html; LATPNA2, Sent. 22-12-03, Exp. KP02-Z-2003-001753 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/diciembre/645-22-KP02-Z-2003-001753-.html; ZUTPNA4, sent. 21-4-06, Exp. 00442, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/524-21-442-48.html; LAICMT2, Sent. 11-11-05, Exp. KP02-F-2004-000192, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/652-11-KP02-F-2004-000192-.html Véase también; López Herrera, *Derecho...,* T. II, p. 451, considera aplicable el artículo 210 CC (experticias) a los demás procesos judiciales de filiación.

[47] Véase: LATPNA1, Sent. 24-2-05, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/645-24-KP02-Z-2004-001466-.html; CAICMA2, Sent. 6-7-04, Exp, Nº 48.155, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/722-6-48.155-69D-060704.html; LATPNA1, sent. 9-9-04, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/645-9-KP02-Z-2003-004229-.html; TRUSCMTM, Sent. 13-2-07, http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1588-13-2240-06-.html si la solicitante podía demostrar por todos los medios de prueba su filiación, entre las cuales se incluye lógicamente la prueba testimonial, bien pudo haber demostrado...su posesión de estado, pues en el iter procedimental se le garantizó tal derecho a la solicitante; LATPNA1, Sent. 31-5-05, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/645-31-KP02-Z-2004-002932-.html al no probar lo que a bien tuvieren en la defensa de sus derechos e intereses, resulta forzoso declarar sin lugar la presente demanda.

batoria cabe así cualquier tipo de prueba[48] legalmente admitida, tales como la testimonial[49], documental[50], inspección judicial[51], confesión[52],

[48] Véase sobre la prueba en la filiación: Acero Gallego, Beatriz Helena y Juan Carlos García Bernal: *La prueba en la filiación*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas 1984; Santana Mujica, Miguel: *Problemas de la prueba en la filiación natural.* En: *Revista del Colegio de Abogados del Estado Falcón N° 18.* Tercera Etapa., 1985, pp. 23-39.

[49] Véase referencia a valor de prueba testimonial en: MITPNA1, Sent. 17-2-03, Exp.5573-2001, http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2003/febrero/97-17-5573-2001-.html esta juzgadora aprecia dicha deposición, y, en consecuencia, la considera idónea para dar por probado que entre los ciudadanos..., existió una relación amorosa y de intimidad sexual; APTPNA2, Sent. 15-11-05, Exp. N° 11.540, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/443-15-11540-.html la parte demandante con los testigos presentados y evacuados ante este Tribunal y la negativa la parte demanda de practicarse la prueba de ADN, demostró plenamente su pretensión; APTPNA2, Sent. 14-8-06, Exp. N° 13.162, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/443-14-13162-.html el juzgador le reconoce el valor probatorio a los dichos de los testigos de conformidad con el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil; APTPNA2, Sent. 27-7-06, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/443-27-12884-.html; APTPNA1, Sent. 6-10-04, Exp. N° 10.455, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/443-6-10.455-.html; LASCMM1, Sent. 22-10-04, Exp. KP02-R-2004-1300 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/649-22-KP02-R-2004-1300-.html; LASCMM1, Sent. 11-6-04, Exp. KP02-R-2004-530 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/649-11-KP02-R-2004-530-.html; CAICMA1, Sent. 28-7-04, Exp. N° 49.402, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/721-28-49.402-.html; LATPNA1, Sent. 27-1-06, Exp. Nº 1SJ-3206-04 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/646-27-1SJ-3206-04-79-2006.html; CASCMBTPNA2, Sent. 18-12-06, Exp. 11766. http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/732-18-11766-.html; LATPNA1, Sent. 4-8-04, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/agosto/645-4-KP02-Z-2004-000094-.html. Véase también: Santana Mujica, *Ob. Cit.,* p. 32, la prueba más común es la del testimonio.

[50] Véase: LATPNA2, Sent. 5-5-04, KP02-S-2002-000745 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/mayo/645-5-KP02-Z-2002-000745-.html. La parte demandante señaló documentales (instrumentos privados) que quedaron debidamente reconocidas, motivado al hecho de que siendo consignadas con el libelo de la demanda no fueron impugnadas en ninguna de las etapas del proceso, todo esto de conformidad con el Art. 429 del Código de Procedimiento Civil. Del recaudo cursante al folio 3 se desprende que el demandado acepta en forma voluntaria y libre que el niño ...de dos años es su hijo. Véase también: Santana Mujica, *Ob. Cit.,* p. 33, el principio de prueba por escrito puede ser cualquier anotación doméstica de puño y letra aunque no esté firmada; una referencia tangencial al pie de una foto, cartas con bendiciones al hijo, etc.

[51] Véase referencia a inspección en acción de inquisición de paternidad en: APTPNA1, Sent. 6-10-04, Exp. N° 10.455, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/443-6-10.455-.html La inspección practicada demostró que...; Santana Mujica, *Ob. Cit.,* p. 34.

[52] Véase: CAICMA1, Sent. 28-7-04, Exp. N°. 49.402, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/721-28-49.402-.html los hechos, adquirieren, toda su fuerza probatoria con la CONFESIÓN del demandado, en las posiciones juradas que les fueron estampadas; cuando admitió la relación carnal que mantuvo con la progenitora de las accionantes... Véase también: Santana Mujica, *Ob. Cit.,* pp. 34 y 35.

indicios[53], fotos[54], etc. Elementos o medios probatorios que deben ser valorados en su totalidad y que darán un panorama de la filiación[55].

Perera Planas, considera que la exigencia del principio de prueba por escrito con relación a la prueba testimonial es aplicable respecto de la filiación paterna[56]. Por su parte, señala D'Jesús que la "libertad probatoria no es en realidad ilimitada; el legislador estableció una cautela ante la prueba testifical para evitar que la simple concurrencia de algunos testimonios pueda amparar alguna falsedad o confabulación"[57]. Pero agrega el autor: "en casos concretos como en el previsto en el artículo 199 del Código Civil"[58]. Dicho artículo exige un principio de prueba por escrito "o" indicios que sean graves a objeto de considerar la prueba

[53] Véase: CSJ/Cas., Sent. 2-6-98, O.P.T., junio 98, p. 150. "El establecimiento judicial de la filiación, por su propia naturaleza, no se fundamenta en la plena prueba de dicha filiación sino en prueba de hechos que son indicios, de los cuales el juez obtiene y declara la conclusión de la filiación que le parezca más verosímil, y esta declaración se fundamenta en indicios que puedan determinar la posesión de estado. Así decidió la recurrida, en cumplimiento de las disposiciones en comento, aplicables al procedimiento especial de inquisición de paternidad". En el mismo sentido: SUICMATMB1, Sent. 20-6-05, Exp. N° 13.980, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/1243-20-13980-JUN-244-05.html; BOTPNA3, Sent. 20-9-06, Exp. FP02-V-2006-0000426 http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/1967-20-FP02-V-2006-0000426-PJ0232006000199.html. Los indicios son de libre apreciación por el Juez, quien los debe concatenar con los derivados de otras pruebas para formarse la convicción sobre el hecho que se trata de probar. Un solo indicio no tiene fuerza probatoria suficiente del hecho a probar. Véase también: Santana Mujica, *Ob. Cit.,* p. 34.

[54] Véase: CAICMA1, Sent. 28-7-04, Exp. N°. 49.402, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/721-28-49.402-.html ...al admitir que es el hombre que aparece en las fotografías que forman parte de éste expediente.

[55] Véase: APPNA2, Sent. 18-5-05, Exp. N° 9058, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/443-18-9058-.html estas probanzas ya analizadas (Testigos, Presunción en contra de la demandada, Punto N° 05 del Informe del IVIC, declaración ...) y la Posesión de Estado entre ...y el *de cujus* ...queda plenamente demostrada la filiación paterna.

[56] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 203, al comentar la prueba de la cohabitación del progenitor con la madre y la identidad del hijo concebido, señala que su realización procesal se podrá hacer mediante testigos, siempre que exista un principio de prueba por escrito. "Se trata en alguna forma de compensar la facilidad de atribuir interesadamente la paternidad, por mujeres desaprensivas".

[57] D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 126.

[58] *Ídem.*

testimonial en el establecimiento de la filiación materna[59]. El Máximo Tribunal ha considerado en forma acertada, que el principio de prueba por escrito a los fines de admitir la prueba testimonial sólo es exigible respecto de la filiación *materna* y NO en relación con la paternidad[60]. En el mismo sentido se manifiesta acertadamente Francisco López Herrera[61]. Por nuestra parte, consideramos que a las normas filiatorias no deben extendérseles exigencias no previstas expresamente en la ley que dificultarían sin razón el establecimiento de la filiación[62]. De ser así, múltiples serían las acciones de inquisición de paternidad que se verían frustradas no obstante la posesión de estado, ante la prevención o cautela del demandado de no dejar probanza escrita de la respectiva filiación[63]. Por otra parte, es de observar que la norma del artículo 199 CC

[59] Que dispone; "A falta de posesión de estado y de partida de nacimiento, o cuando el hijo fue inscrito bajo falsos nombres, o como nacido de padres inciertos, o bien si se trata de suposición o sustitución de parto, la prueba de filiación materna puede efectuarse en juicio con todo género de pruebas, aun cuando, en estos dos últimos casos, exista acta de nacimiento conforme con la posesión de estado.
La prueba de testigos sólo se admitirá cuando exista un principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o los indicios resultantes de hechos ya comprobados sean bastante graves para determinar su admisión.
El principio de prueba por escrito resulta de documento de familia, de registros y de cartas privadas de los padres, de actos privados o públicos provenientes de una de las partes empeñadas en la litis, o de persona que tuviere interés en ella". (Destacado nuestro).
[60] Véase: TSJ/SCS, Sent, 3-5-00, J.R.G., T. CLXV, p. 768. Con relación a la denuncia de infracción de los artículos 210 y 214 del Código Civil, las cuales "en conjunto, conforman las normas expresas para el establecimiento de la filiación paterna", el recurrente pretende que no puedan establecerse "los hechos que conforman la filiación paterna, mediante la prueba testimonial sin que exista un medio de prueba por escrito que la haga admisible". Ahora bien, este alto tribunal, en fecha 02 de junio de 1998, señaló lo siguiente: "En el caso de autos, por tratarse de una inquisición de paternidad, expresamente se admite todo tipo de pruebas, incluyendo evidentemente la testimonial. ...De lo anterior se evidencia que la normativa establecida en el Código Civil vigente sobre la determinación y prueba de la filiación paterna, a diferencia de la normativa prevista en derogado Código Civil, no exige para la admisión de pruebas testimoniales el principio de prueba por escrito, el cual sí está contemplado expresamente en el caso de la determinación y prueba de la filiación materna, en el artículo 199 del vigente Código Civil".
[61] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 443-445, en la acción de inquisición de la paternidad el hijo no tiene limitación alguna respecto a la prueba testimonial pues la limitación del artículo 199 CC se refiere exclusivamente a la maternidad (matrimonial o extramatrimonial) (*Ibíd*., pp. 444 y 445).
[62] Pues es bien sabido que las normas que limitan derechos (en este caso pruebas) deben interpretarse en sentido estricto. No aplica así en el caso bajo análisis la interpretación extensiva.
[63] En este sentido, se aprecian decisiones judiciales (citadas a lo largo del presente estudio) donde se declara con lugar la inquisición de paternidad con especial referencia a la prueba testimonial, sin requerir acertadamente, principio de prueba por escrito.

aplicable a la filiación materna permite la prueba testimonial no sólo en caso de existencia de principio de prueba por escrito sino también cuando "los indicios resultantes de hechos ya comprobados sean bastante graves para determinar su admisión".

En cuanto a la confesión, se indica que es admisible en los juicios de reconocimiento forzoso de la filiación[64]. En este sentido, es de recordar que de conformidad con el artículo 232 del CC, el reconocimiento que realice la parte demandada de conformidad con la ley, pone fin al juicio[65], aunque se trate de herederos[66]. Esto lo han considerado algunos una suerte de confesión[67]. En cuanto a la procedencia de la confesión ficta en esta materia, ciertos tribunales la admiten[68], en tanto que otros

---

[64] Véase: CSJ/Cas, Sent. 24-2-94, J.R.G., T. CXXIX, p. 494, el artículo 210 CC que alude a todo género de pruebas, conduce a establecer, en principio, que no pueda ser excluida en los juicios de inquisición de la paternidad la prueba de confesión; MEICM2, Sent. 26-4-05, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/962-26-7501-.html, del contenido del artículo 210 CC, se puede señalar que la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, lo cual conduce a que no queda excluida en los casos de inquisición de paternidad la prueba de confesión. Véase en sentido contrario respecto de los sucesores: http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/1610-14-26423-.html en las acciones inquisitivas de estado sólo se admite la confesión de los progenitores, pero no la de sus sucesores.- Así se decide (referencia incompleta en la web).

[65] Véase artículo 232 CC: "El reconocimiento del hijo por la parte demandada pone término al juicio sobre la filiación en todos aquellos casos en el que el reconocimiento sea admisible, de conformidad con el presente Código". Véase sobre dicha norma: *supra* Nº VII.3; Bocaranda, *Guía...*, p. 59; Bocaranda, *Análisis...*, p. 150.

[66] Véase: TASCMTPNA1, Sent. 30-11-06, Exp. 5938 http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1320-30-5938-.html "...no comparte esta Juzgadora el criterio asumido por la Juez *a quo*, al no otorgarle valor alguno al reconocimiento de establecimiento judicial de filiación expresado por los demandados ...como hermanos en simple conjunción del menor..., únicos indicados para hacerlo por no existir ascendientes sobrevivientes del ciudadano ...padre de los demandados mencionados, muy por el contrario, DETERMINA quien aquí juzga, que a tal reconocimiento debe otorgársele todo el valor que del mismo se desprende, por haber sido manifestado por la parte demandada, máxime, al existir al folio 82, informe de prueba genética practicada a los ciudadanos...

[67] Viso, *Ob. Cit.,* p. 522, "...sin embargo, el reconocimiento del hijo (lo que equivaldría *mutatis mutandi* a una confesión) por la parte demandada pone término al juicio; Santana Mujica, *Ob. Cit.,* pp. 34 y 35. Véase también: LATPNA3, Sent. 1-2-05, Exp. KP02-Z-2004-004157, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/645-1-KP02-Z-2004-004157-.html

[68] Véase: CSJ/Cas, Sent. 24-2-94, J.R.G., T. CXXIX, p. 494, es de notar que se establece una presunción en contra del padre que rehúsa someterse a dichas experticias, no parece existir obstáculo legal para la aplicación en la materia, de la presunción de confesión derivada del hecho de falta de contestación de la demanda; MEICM2, Sent. 26-4-05, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/962-26-7501-.html, en los juicios de inquisición de la paternidad según el artículo 210 CC que admite todo género de pruebas, no existe obstáculo para la aplicación de la presunción de confesión ficta, que se deduce de la falta de la contestación de la demanda; ANICMTA1, Sent. 10-3-05, Exp. BH11-F-2004-000051 http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2005/marzo/1068-10-BH11-F-2004-000051-.html

no la consideran suficiente por sí sola[69] particularmente en materia de menores[70], pero se ha señalado que debe sufrir restricciones cuando la acción es intentada contra los herederos[71].

---

[69] AMCSFM1, Sent. 22-4-96, J.R.G., T. CXXXVIII, p. 85, si bien tuvo lugar la confesión ficta al no acudir al acto de contestación a la demanda ...ésta no puede quedar establecida solamente en base a presunciones en contra del demandado sino que se requiere además que el reclamante cumpla con los requisitos de pruebas señalados en el artículo 210 del Código Civil. Al no haber ello ocurrido no puede quedar establecida la paternidad del ciudadano... Y así se declara; NEICMTA2, Sent. 2-6-06, Exp. Nº.7105/03 http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/283-2-7105-03-.html

[70] Véase: CASCMBTPNA2, Sent. 18-12-06, Exp. 11766. http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/732-18-11766-.html se evidencia que el accionado no dio contestación a la demanda, sin embargo, reiteradamente ha sostenido este Juzgado Superior, que en los procedimientos regidos por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente no existe confesión ficta, ya que las disposiciones del Código de Procedimiento Civil deben ser aplicadas supletoriamente en los procedimientos de niños y adolescentes, supletoriedad sujeta a que no se oponga a los principios que informan el proceso minoril y, entre los cuales se encuentran la búsqueda de verdad real, y más aún la ausencia de ritualismo procesal que permite que el procedimiento fijado por la ley especial pueda estar en total armonía con las garantías de progenie constitucional, siendo inaplicable el dispositivo legal consagrado en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, ya que el Juez de Protección de Niños y Adolescentes debe tener siempre en cuenta el interés superior del niño en el momento de tomar resoluciones jurisdiccionales correspondientes.

[71] Véase: CSJ/ SCC, Sent. 24-2-94, J.R.G., T. CXXIX, p. 494. También en: Casación Civil [Casación, Recurribilidad y Jurisprudencia], Miguel Jacir H., Caracas, Livrosca, 1997, T. I, pp. 437 y 440, de conformidad con el artículo 210, en principio, no queda excluida en los juicios de inquisición de la paternidad la prueba de confesión... Sin embargo, juzga la Sala que cuando la acción de establecimiento judicial de la filiación se intenta contra personas distintas del padre premuerto, la presunción de confesión, derivada de la inasistencia a la contestación de la demanda, debe sufrir serias restricciones. Véase también: AMCSFM1, Sent. 21-3-95, J.R.G., T. CXXXIII, p. 81. Tal como ha quedado expuesto en doctrina de la Sala de Casación Civil, la presunción de confesión derivada de la inasistencia a la contestación a la demanda como el caso de autos, es decir, cuando la acción de establecimiento judicial de filiación se intenta contra los herederos del padre premuerto debe interpretarse restrictivamente. En efecto, cuando la acción de inquisición de paternidad se dirige contra personas distintas al presunto padre... el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, no puede ser aplicado en esta materia cuando se trata de herederos del presunto padre; en consecuencia, esta Alzada establece que los ciudadanos ... al no comparecer al acto de contestación a la demanda incoada por la ciudadana ... no se le tiene por confesos y así se declara.

Si el accionante es menor de edad, se debe escuchar su opinión de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 80 de la LOPNNA[72].

3.1.2 *Experticias hematológicas y herederobiológicas*

El artículo 210 del CC consagra que la filiación extramatrimonial podrá ser establecida judicialmente con todo género de pruebas "incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado"[73]. Se trata de experticias científicas de las que según los parámetros especializados al efecto, puede desprenderse una probabilidad de paternidad o maternidad cercana al ciento por ciento (100%)[74],

---

[72] Véase: APTPNA1, Sent. 6-10-04, Exp. N° 10.455, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/443-6-10.455-.html. En fecha..., compareció por ante este tribunal la niña ...y oída conforme a su madurez y desarrollo emocional sus dichos fueron recogidos en acta. De acuerdo a la entrevista realizada puede apreciarse que la niña identifica al ciudadano ...como su padre, aun cuando en la actualidad no tiene trato con él; LASCMM1, Sent. 11-6-04, Exp. KP02-R-2004-530 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/649-11-KP02-R-2004-530-.html. Y al folio 68, declaración del adolescente... Véase nuestros comentarios sobre escuchar la opinión del menor en el proceso, en: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La capacidad procesal del Menor de edad.* En: *Nuevos Estudios de Derecho Procesal.* Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenaje N° 8. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 457-459.

[73] Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 447-451; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 389; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 153.

[74] La antropóloga forense Margorit Pacheco, en entrevista realizada en 1993, nos comentaba que tales experticias pueden ser consideradas matemáticamente, obteniendo un margen de certeza determinante en la probabilidad de paternidad. Véase: Villalba Fernández, Valeria: Paternidad y Genética, http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0026_paternidad_genetica_argentina.htm; Varcica, Eduardo: La influencia de las biotecnologías en el campo de la criminalística (y 2ª parte), http://www.guardiasciviles.com/ver_noticias.asp?id=5124, señala que "resulta posible demostrar que un niño procede de determinada familia con una certeza del 99,99998 %"; Peñailillo Arévalo, *Ob. Cit.,* su grado de certeza es de un 99,99%; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 153, permite "excluir la responsabilidad paterna con un resultado del 99,9 por ciento de probabilidades de éxito"; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 328, el método HLA (Sistema de histocompatibilidad) que permite, según información suministrada por científicos, establecer la paternidad con un 99 por ciento de certeza. Véase igualmente: Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* p. 121, indica en relación a la prueba de ADN que el margen de error de la misma es sumamente pequeño, a saber, de 1 en 30 mil millones, pues sólo tres marcadores dan un 99,8 de probabilidad en exclusión; Grisanti Luciani, Héctor: *La prueba hematológica en los juicios de inquisición de paternidad.* Caracas, s/e, 2000 p. 51, a través de la prueba de HLA (histocompatibilidad) se puede establecer la paternidad en un 99 % de certeza. Véase también: LATPNA1, Sent. 4-11-03, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/noviembre/645-4-KH07-Z-2002-000141-.html la prueba heredobiológica ... concluye que la verosimilitud de paternidad mínima del ... sobre la niña ...es de 538,450:1; equivalente a una probabilidad de paternidad de 99,9998%; LATPNA3, Sent. 31-3-04, Exp. KP02-Z-2003-001784 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/marzo/645-31-KP02-Z-2003-001784-.html concluye una verosimilitud de paternidad de 137.634.755:1, es decir, una probabilidad

así como su exclusión[75]. Comentaba Abouhamad Hobaica acertadamente en este sentido que "El derecho tiene que afrontar la tecnología, sin temor alguno y las pruebas hematológicas y heredo-biológicas han avanzado tanto que dicha prueba pericial es de difícil equivocación, razón por la cual han sido incorporadas en la nueva legislación civil"[76].

de paternidad de 99,9999993 % sobre la niña; POTPNA2, Sent. 28-6-06, Exp. 5450, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/1179-28-5450-.html. La verosimilitud de paternidad mínima del Sr... sobre el niño X, es de 1.039.850:1; equivalente a una probabilidad de paternidad de 99.9999%; BATPNA1, Sent. 31-7-06, Exp. C-6561-06 http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/817-31-C-6561-06-.html la probabilidad de paternidad del Sr ... puede considerarse como altísima sobre el niño ...; TATPNA3, Sent. 6-4-05, Exp. N° 30.358. http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/1342-6-30358-18.html la prueba de ADN, arrojó como resultado una probabilidad de paternidad de 99,9999996 %; LATPNA2, Sent. 18-12-03, Exp. KH07-Z-2000-000366 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/diciembre/645-18-KH07-Z-2000-000366-.html probabilidad de paternidad de 99,99999 %; NETPNAU2, Sent. 13-7-04, Exp. J2-4.260-03.- http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/280-13-J2-4.260-03-.html probabilidad de paternidad de 99,9999999 %.; NETPNA2, Sent. 7-9-04, Exp. J2-4.895-04, http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/280-7-J2-4.895-04-.html 99,999993 %; POTPNA2, Sent. 11-8-06, Exp. N° 5926, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/1179-11-5926-.html 99.99999998%; LATPNA2, Sent. 22-6-04, Exp. KP02-Z-2003-000931, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/645-22-KP02-Z-2003-000931-.html 99,999994 %; BAICM1, Sent. 14-8-06, Exp. Nº 353-03, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/802-14-353-03-1540.html 99,9998%.

[75] Véase: LATPNA1, Sent. 17-11-03, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/noviembre/645-17-KP02-Z-2002-000156-.html el informe sobre la indagación de la filiación biológica de la niña ...y los ciudadanos..., emanada del laboratorio de genética humana del IVIC..., donde se concluye: 1) Se excluyó la paternidad de siete (07) sistemas fenotípicos (D1S80, D2S320, DXS1690, DXS1113, DQCAR, D4S43 y D1S495); 2) El señor..., no puede ser el progenitor biológico de la niña identidad omitida en cumplimiento del artículo 65 LOPNA, según los resultados de los sistemas referidos. Por ende se declara sin lugar la acción de inquisición de paternidad; CAICMAB3, Sent. 16-6-06, Exp.- 16.782 http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/723-16-16.782-.html, ...no puede ser el progenitor biológico de la joven..., según los resultados de los sistemas referidos; NETPNA, Sent. 4-12-06, Exp JI-4544-03 http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/280-4-4544-03-.html. Véase también: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 107, "Su objetivo principal es EXCLUIR como padre o madre, según los casos, a la persona acusada dolosa o erróneamente de la autoría de la paternidad o de la maternidad"; Grisanti Aveledo, *Ob. Cit.,* p. 328, "Las pruebas o experticias hematológicas y heredo-biológicas se orientan a la exclusión o afirmación de la paternidad".

[76] Abouhamad Hobaica, Chibly: *Reflexiones sobre la necesidad de un cambio en el pensamiento legal.* Caracas, Editorial Principios S.A., 1995, p. 59.

Las pruebas científicas en el ámbito filiatorio[77] presentan un papel esencial especialmente en aquellos casos en que el actor no cuenta con otros medios probatorios a su favor. Lo interesante es que cuando su probabilidad es determinante, permiten acceder judicialmente a la filiación al margen de cualquier otra opción probatoria, por lo que constituyen una forma efectiva a los fines de acreditar la identidad biológica.

[77] Véase al respecto: Párraga de Esparza, *Ob. Cit.*; Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* pp. 115-129; León de Pérez, Minerva y Jonás Mendoza Mendoza: *Pruebas heredobiológicas y hematológicas para la determinación de la paternidad.* En: *XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia.* Barquisimeto, 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diario de Tribunales, 1990, pp. 37-67; Grisanti Luciani, Héctor: *Las experticias hematológicas y heredobiológicas y la jurisprudencia venezolana.* En: *XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia.* Barquisimeto, 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diario de Tribunales, 1990, pp. 69-82; Grisanti Luciani: *La prueba hematológica...;* Piña Valles, Ovelio: *Aspectos legales de las pruebas heredobiológicas.* En: *LEX N° 200,* Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo, octubre-diciembre 1990, pp. 57-63; Acuña A., Juan Manuel: *Acciones de reclamación de filiación (Aportes de los avances en genética).* En: *Revista Tachirense de Derecho N° 5-6.* San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, enero-diciembre 1994, pp. 165-186; Parra Quijano, Jairo: *Las pruebas biológicas para probar o excluir la paternidad.* En: *Revista de Derecho Procesal. N° 1.* Caracas, Instituto de Estudios de Derecho Procesal "José Rodríguez Urraca"/Paredes Editores, 1990, pp. 121-132; Loreto, Luis: *Conquistas de la Biología al servicio de la legislación y la jurisprudencia.* En: *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Imprenta Universitaria, 1970, pp. 365-389; Bueno Rincón, Fabio Enrique: *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas.* Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2ª edic., 1996; Di Lella, Pedro: *Paternidad y pruebas biológicas (Recaudos y cuestionamientos).* Buenos Aires, De Palma, 1997; Varsi Rospigliosi, *Ob. Cit.,* pp. 69-224; Cárdenas Gómez, Olga Carolina y otros: *Las pruebas genéticas en los procesos de filiación.* Revista Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad del Cauca, Vol. 6, Nº 3, sep. 2004, http://www.facultadsalud.unicauca.edu.co/fcs/2004/septiembre/Pruebas%20Gen%C3%A9ticas.html; Villalba Fernández, Valeria: Paternidad y Genética, http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0026_paternidad_genetica_argentina.htm; Gómez Fernández, Lucía: Uso de las pruebas genéticas en las cuestiones del Derecho de Familia, http://www.biotech.bioetica.org/i41.htm; Mels Siningen, Celeste Cecilia: ADN en la prueba de filiación, http://www.biotech.bioetica.org/i28.htm; Pineda Bernal, Lennie: *El análisis de ADN para pruebas de paternidad e identificación forense,* en: *acta científica venezolana 50, 24-28.* 1999, acta.ivic.ve/50-1/articulo3.pdf. Véase también: Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco: *Biología y Filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida.* Granada, Comares, 1999; Bravo Aguiar, María Luisa: *Introducción a la Genética Forense: de las Pruebas de Paternidad.* Medellín, Universidad de Antioquia, 1999; Cárdenas Briceño, María Érica: *El derecho a la identidad filiatoria y el procedimiento legal para la investigación de la paternidad de menores en Baja California,* en: *Realidad Jurídica,* Vol 8, 2006, México, http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-erika8.htm; Bugallo de Ferro, María Gisela: *La prueba heredobiológica relacionada con la experticia regulada en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Civil.* Caracas, Tesis de Grado Universidad Católica "Andrés Bello", Dirección General de los Estudios de Postgrado, Especialista en Derecho Procesal, 2001; Acero Gallego y García Bernal, *Ob. Cit.,* pp. 112-133.

Científicamente, varias son las pruebas o exámenes que permiten identificar los caracteres hereditarios comunes[78]. El artículo 210 CC se refiere a experticias *hematológicas* y *heredobiológicas*; las primeras como lo denota su denominación aluden a la sangre[79], que abarca, el estudio de los grupos sanguíneos[80] (que para algunos, no es el único ni el más importante factor a considerar[81]), el sistema HLA[82], proteínas séricas[83], las enzimas[84], ADN[85], etc. Las heredobiológicas suponen un espectro diverso al sanguíneo, pues existen otros factores o elementos

[78] Véase; Perera Planas, *Análisis...*, pp. 200 y 201, alude a la prueba de los grupos sanguíneos, de los caracteres antropomorfológicos y de los caracteres patológicos.
[79] Véase sobre dicho examen: Grisanti Luciani, *La prueba...,* pp. 21-64; Villegas Pulido, GT. *La inquisición de paternidad por examen de sangre.* En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.* Tomo VI, Nos 1-2-3-4, 1941, pp. 1-14; Di Lella, Paternidad y pruebas biológicas..., p. 17.
[80] Véase: Bueno Rincón, *Ob. Cit.,* pp. 64-90; Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* pp. 123 y 124; León de Pérez y Mendoza Mendoza, *Ob. Cit.,* pp. 42-47; D'Jesús, *Ob. Cit.,* pp. 107-112; Acuña A., *Ob. Cit.,* pp. 171-175; Parra Quijano, *Ob. Cit.,* p. 128; Varsi Rospigliosi, *Ob. Cit.,* pp. 117-134.
[81] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 200, señala que "se ha demostrado que el sistema Rh es hereditario. Esta demostración permitió probar que todo antígeno del sistema Rh presente en el hijo y ausente en uno de los progenitores debe forzosamente proceder del otro, y, también que todo antígeno en estado homocigótico en el hijo debe encontrarse a la vez en el padre y en la madre; si uno de los dos no lo posee, debe excluirse tanto la paternidad como la maternidad. Como se advierte, hasta este momento la prueba de los grupos sanguíneos es meramente negativa, o sea, prueba la incompatibilidad sanguínea a nivel de los antígenos que descarta la filiación, pero aun no permite afirmar que, no existiendo tal incompatibilidad, la paternidad o maternidad sean demostrables por esta vía".
[82] Véase: Bueno Rincón, *Ob. Cit.,* p. 90-104, refiere que el sistema de HLA (Human Leukocite Antigen A) está representada por la determinación de los antígenos HLA en los linfocitos de la sangre, y su poder de exclusión por sí misma es del 95% al 100%. (*ibíd*., pp. 90 y 91); Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* pp. 124 y 125, cualquier HLA presente en el hijo debe provenir de uno de los progenitores (*Ibíd*., p. 124); León de Pérez y Mendoza Mendoza, *Ob. Cit.,* pp. 47-50; Acuña A., *Ob. Cit.,* pp. 175-179; Parra Quijano, *Ob. Cit.,* pp. 128 y 129; Di Lella, Paternidad y pruebas biológicas..., pp. 18-20.
[83] Véase: Bueno Rincón, *Ob. Cit.,* p 104-109, tales como haptoglobina, etc. que pueden otorgar una exclusión del 70% (*Ibíd*., p. 104); Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* p. 125.
[84] Véase: Bueno Rincón, *Ob. Cit.,* pp. 109 y 110, son proteínas que catalizan reacciones químicas y las que se utilizan mayormente en filiación son las que se ubican dentro de los glóbulos rojos (eritrocitarias) lo que permite un fácil procesamiento del material biológico; Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* p. 124, la enzima en los glóbulos rojos representa una importante posibilidad de exclusión de la paternidad; León de Pérez y Mendoza Mendoza, *Ob. Cit.,* pp. 51-53.
[85] Véase: Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* pp. 120-122, señala que el ácido desoxirribonucléico (ADN o DNA) puede ser extraído de la sangre o de otros tejidos (*Ibíd*., p. 121); Bueno Rincón, *Ob. Cit.,* p. 62; León de Pérez y Mendoza Mendoza, *Ob. Cit.,* pp. 59-61.

comunes que se pueden identificar a nivel científico tales como las señas antropométricas[86] o antropomorfológicas[87], los dermatoglifos palmares o plantares[88], ciertos caracteres cromosómicos o genético hereditarios patológicos[89], etc. El ADN[90] igualmente es vital en la deter-

[86] Relativas a las "medidas". Véase: Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* p, 126, los caracteres antropométricos suponen el estudio de las medidas corporales tales como la conformación de la cabeza o la frente.

[87] Relativas a las "formas". Véase: Bueno Rincón, *Ob. Cit.,* p. 59, caracteres morfológicos, tales como forma de la nariz, forma y color de ojos, forma de la cara, labios, del pabellón de la oreja, paladar, manos, cejas, cabellos, etc.; Perera Planas, *Análisis...,* pp. 200 y 201, la prueba de los caracteres antropomorfológicos se basa en el estudio de los principales caracteres morfológicos transmisibles al hijo, según las leyes de Mendel. Pueden corresponder tanto al padre como a la madre. En la actualidad se ha examinado comparativamente cerca de 300 caracteres diferentes, como, por ejemplo, forma del paladar, morfología de la columna vertebral, forma de la nariz y labios, del pabellón de las orejas, color y estructura de los cabellos, etc.; Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* p. 126, sin que necesariamente tenga que existir un parecido notable con uno u otro "a primera vista"; Di Lella, Paternidad y pruebas biológicas..., pp. 16 y 17.

[88] Esto es, las huellas dactiloscópicas o dactilares. Las configuraciones que aparecen en las yemas de los dedos de manos y pies, y ciertas áreas de palmas y plantas, tienen una base genética. Véase: Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* pp. 126 y 127; León de Pérez y Mendoza Mendoza, *Ob. Cit.,* pp. 58 y 59. Véase no obstante: Bueno Rincón, *Ob. Cit.,* p. 59, indica que las huellas dactilares en cuanto a la individualización genética debe ser valorada conjuntamente con otros elementos a los fines de no estar expuesta a error.

[89] Véase: Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* p. 128 (alude a físicas o psicológicas); Perera Planas, *Ob. Cit.,* pp. 200 y 201, señala la prueba de la herencia de los caracteres patológicos, que parte de la distinción entre enfermedades hereditarias dominantes, las recesivas y las vinculadas al sexo. Entre las primeras se distinguen las taras morfológicas –como el labio leporino, pies planos, braquidactilia–, las orgánicas y las neuropsíquicas. Entre las enfermedades hereditarias recesivas se cuentan la sordomudez congénita familiar, ciertas formas de epilepsia, la esquizofrenia, etc. Finalmente, entre las enfermedades vinculadas al sexo, se distinguen las que corresponden a los cromosomas determinantes del sexo femenino, como la hemofilia y el daltonismo y las que corresponden al cromosoma determinante del sexo masculino, como la *ictiosis congénita...*"; Bueno Rincón, *Ob. Cit.,* pp. 57 y 58, señala las enfermedades hereditarias dominantes, aunque descarta que las cualidades psíquicas o aptitudes puedan ser probadas en cuanto al mecanismo de transmisión.

[90] Véase: Pineda Bernal, Lennie: *El análisis de ADN para pruebas de paternidad e identificación forense,* en: *acta científica venezolana* 50, 24-28. 1999, acta.ivic.ve/50-1/articulo3.pdf; Mels Siningen, Celeste Cecilia: ADN en la prueba de filiación, http://www.biotech.bioetica.org/i28.htm; Villalba Fernández, Valeria: *Paternidad y Genética,* http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0026_paternidad_genetica_argentina.htm; Gómez Fernández, Lucía: *Uso de las pruebas genéticas en las cuestiones del Derecho de Familia,* http://www.biotech.bioetica.org/i41.htm; Alza Vásquez, Ricardo Manuel: Filiación extramatrimonial, http://www.monografias.com/trabajos29/filiacion-extramatrimonial/filiacion-extramatrimonial.shtml; García Marín, Ernesto: *La utilización de la prueba del ácido desoxirribonucléico (ADN) para la aplicación de la justicia en México,* http://www.monografias.com/trabajos14/acidodesoxi/acidodesoxi.shtml; Robleto Gutiérrez, Jaime: *El ADN y su importancia en la investigación criminalística,* http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2018/robleto18.htm; Corach, Daniel y otros: *Identificación*

minación de la filiación (se encuentra en la sangre, saliva, semen, pelos, huesos o en cualquier tejido inclusive de cadáveres)[91].

Tales experticias son fundamentales en los juicios filiatorios y el Juzgador difícilmente puede alejarse de ellas en aquellos supuestos en los que su certeza sea definitiva[92]. De allí que indique acertadamente Bueno Rincón que si el Juez aprecia que el dictamen pericial es convincente, porque no encuentra razones para negarle credibilidad, deberá acatarlo para no obrar con arbitrariedad, tal como ocurre con cualquier otro medio de prueba judicial[93]. Múltiples son la decisiones judiciales en materia de reconocimiento forzoso de la filiación, en las que efectivamente se con-

humana mediante análisis de ADN en Argentina, http://www.interpol.int/public/Forensic/dna/conference/DNAProfiling02.asp; Arrieta, Segundo Germán: *Nociones de identificación forense en la tipificación de DNA,* http://www.monografias.com/trabajos/identadn/identadn.shtml; Chieri, Primarosa y Eduardo Zannoni: *Prueba del ADN.* Argentina, Astrea, 2ª edic., 2001; Yunis Turbay, Emilio José y Juan José Yunis L.; *El ADN en la identificación Humana,* Bogotá, Temis, 2002; Lorente Acosta, Miguel y José Antonio Lorente Acosta: *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica.* Granada, Comares, 1995; Quevedo, Alina: *Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: De los laboratorios a los Tribunales.* España, McGraw-Hill, 1997; Lorente, José Antonio: *Un detective llamado ADN. (Tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos).* Madrid, Ediciones Temas de Hoy S.A., 2004; Martínez Jarreta, María Begoña: *La prueba del ADN en medicina forense. La genética al servicio de la ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación biológica de la paternidad.* Barcelona-España, Masson S.A. Editores, 1999; Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* pp. 120-122, señala que el ácido desoxirribonucléico (ADN o DNA) en la genética molecular fue descubierto en 1869, pero su estudio en el núcleo de la célula tuvo lugar en 1943 cuando se descubrió como portador directo de la identificación genética, por ser un identificador individualizante; la molécula de ADN es un patrón de signos químicos que es único, individual e inalterable en cada persona; Harris, John: *Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana.* Madrid, edit. Tecnos, 1998. Trad. Michel Angstadt, pp. 25 y 26, el autor cita a Weatherall y señala que el gen es la unidad de herencia que determina la estructura de la hilera de aminoácidos que forman los ladrillos con que se construyen las enzimas y proteínas, cada célula contiene la información genética del ser humano y toda esta información se encuentra en el ácido desoxirribonucleico (ADN); Peñailillo Arévalo, *Ob. Cit.,* p. 30, alude al advenimiento impresionante del ADN como demostración del vínculo procreativo; Acuña A., *Ob. Cit.,* pp. 179-185; Montoya, *Ob. Cit.,* pp. 93-96; Di Lella, *Paternidad y pruebas biológicas...*, pp. 23-38. Véase: NETPNA1, Sent. 8-12-06, Exp JI-3814-03 http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/280-8-3814-03-.html por cuanto el estudio de ADN es el método más preciso que existe para determinar la paternidad biológica, en virtud de ser el ADN de cada persona único.

[91] Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* p. 121; Acuña A., *Ob. Cit.,* p. 179.

[92] Véase sobre la cientificidad de la prueba y la apreciación judicial: Bueno Rincón, *Ob. Cit.,* pp. 39-56.

[93] *Ibíd.*, p. 49 y 50.

sideran las pruebas científicas[94] realizadas por el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC)[95] en su mayoría[96] y en las que deben seguirse las debidas formalidades[97]. Sin embargo, siempre será

[94] Véase además de las otras citadas: DFMSCM8, Sent. 26-3-87, J.R.G., T. XCVIII, pp. 77 y 78; DFMSFM1, Sent. 16-4-93, J.R.G., T. CXXV, pp. 87 y 88; AMCS1FM, Sent. 17-5-96, J.R.G., T. CXXXVIII, pp. 86-88; CSJ/Cas., Sent. 2-6-98, O.P.T., junio 98, pp. 157-161; AMCSFM2, Sent. 5-3-99, J.R.G., T. CLII, p. 54; TATPNA, Sent. 17-1-07, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/1343-17-38214-.html

[95] Véase con relación al IVIC, su creación, importancia y prueba: TSJ/SCS, Sent. N° 157 del 1-6-00, www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/a157-010600-99278.htm; CSJ/Cas., Sent. 2-6-98, O.P.T., junio 98, pp. 157-161. Véase también. DFMSFM1, Sent. 16-4-93, J.R.G., T. CXXV, pp. 87 y 88; POTPNA2, Sent. 28-6-06, Exp. 5450, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/1179-28-5450-.html; GUSCMBTPNA, Sent. 10-6-05, Exp. N° 5711-05 http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/350-10-5711-05-48.html. Véase igualmente: Grisanti Aveledo, *Ob. Cit.,* p. 328.

[96] Se aprecian decisiones judiciales que ofician a otros entes, a saber: TASCMTBPNA2, decisión 10-10-6, Exp. N° 5516 http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/1321-9-5516-05.html, Universidad Central de Venezuela en razón de la gratuidad de la prueba de ADN; ZUTPNA2, Sent. 26-1-06, Exp. 06372, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/522-26-6372-51.html, oficia a la Unidad de Genética Médica de la Facultad de Medicina de la Universidad del Zulia (en el mismo sentido ZUTPNA1, Sent. 21-3-05, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2005/marzo/521-21-1090-348.html); APTPNA1, Sent. 16-1-06, Exp. N° 10.450, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/443-26-10450-.html, oficia a la División de Laboratorio Biológico del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalistas del área Metropolitana de Caracas (CICPC); APTPNA2, Sent. 27-7-06, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/443-27-12884-.html se refiere a la División del Laboratorio Biológico de identificación Genética del CICPC; APTPNA1, Sent. 13-6-05, Exp. N° 9.587, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/443-13-9.587-.html alude al Departamento de Microanálisis del CICPC (en el mismo sentido, BASCMTBPNA, Sent. 31-1-06, Exp. Nº 2823 http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/444-31-2823-2823.html). Véase otro con referencia a consignación de informe del Centro Médico Docente la Trinidad de Caracas, en TASCMTPNAB1, Sent. 30-11-06, Exp. 5938 http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1320-30-5938-.html.

[97] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 157 del 1-6-00, En: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/a157-010600-99278.htm. "En el caso de autos, el Tribunal cumplió con el dispositivo legal contenido en el artículo 504 del Código de Procedimiento Civil antes citado, al designar como experto al Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), cuya reconocida aptitud está determinada en la ley y conforma un hecho notorio. La experticia heredo-biológica para la inquisición de paternidad está integrada por una tecnología molecular que posee exclusivamente en Venezuela ese Instituto del Estado adscrito al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, cuyos funcionarios son a la vez científicos y funcionarios públicos, que dentro de su función tiene el carácter de auxiliares de justicia, se juramentan al encargarse de sus funciones de carácter científico y, por lo tanto, hace innecesaria la ratificación de la juramentación ante el Tribunal, conforme lo establece para cualquier otra experticia el artículo 459 del Código de Procedimiento Civil". Véase en el mismo sentido; CSJ/Cas., Sent. 2-6-98, O.P.T., junio 98, pp. 160 y 161. Véase también: NESCMTTM, Sent. 8-7-03, Exp. N° 06034/03. http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2003/julio/295-8-06034-03-.html, se ordena la reposición de la causa al estado de realizarse nuevamente la prueba de ADN, por no tramitarse debidamente.

conveniente acompañar otros medios probatorios a la promoción de tal examen para llevar al ánimo del Juzgador la respectiva filiación[98].

Las pruebas científicas son determinantes en el establecimiento de la identidad biológica, especialmente en materia de menores, dado el derecho de todo niño a concretar legalmente su filiación en función de su interés superior[99]. A objeto de no frustrar la acción de inquisición con la negativa del demandado a practicarse la respectiva experticia, el artículo 210 CC consagra que dicha actitud se configura como una presunción en su contra[100] y así ha sido considerado por la jurispru-

[98] Véase decisión judicial donde se consideró que tal prueba no era concluyente en vista que el examen científico no ofreció una certeza del 100% y no se acompañaron otros elementos probatorios: AMCS1FM, Sent. 17-5-96, J.R.G., T. CXXXVIII, pp. 86-88. En relación a la prueba hematológica sobre indagación de filiación biológica practicada en el IVIC, cuyas conclusiones fueron transcritas en este fallo, ella constituye el único elemento probatorio en el presente caso para establecer la paternidad del ciudadano... que al no arrojar una certeza absoluta (100%) desde el punto de vista científico de su paternidad sino que concluye en un alto índice de probabilidad de paternidad, ella no puede por sí sola servir de fundamento para establecer la filiación paterna del demandado. En efecto, si en el juicio se hubiesen aprobado otras pruebas o indicios que contribuyeran a sustentar la supuesta paternidad, las conclusiones de la experticia hematológicas adquieren mayor fuerza como presunción probatoria. Ahora bien, emanándose de una prueba única debe ser apreciada por el Juzgador como una simple presunción no concluyente que por lo demás el grado de desarrollo de la investigación científico-genética no permite a la hora actual que el dictamen al arrojar un margen de exclusión influyera definitivamente en la convicción del Juez y así se declara.

[99] Véase: AMCCSPNA, Sent. 11-08-00, J.R.G., T. CLXVIII, pp. 45 y 46, de los artículos del texto constitucional y de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente anteriormente transcritos (art. 46, ord. 3°, 23 y 78 CRBV, arts. 8 y 25 LOPNA, 7CDN), se desprende que el derecho del niño... conoce la identidad de sus padres y la obligación del Estado a garantizar el derecho a investigar la paternidad, prevalece frente al derecho alegado por el ciudadano... de no ser sometido sin su consentimiento a realizarse la prueba heredo-biológica. En este sentido, la interrelación entre el derecho alegado por el apelante y los derechos del niño a conocer a sus padres, llevan a esta Corte Superior a adoptar una posición preferente en la tutela de los derechos del niño... de conformidad con el principio de la prioridad absoluta y del interés superior del niño, señalados anteriormente. Esta juzgadora en su criterio de interpretación judicial debe además, tomar muy en cuenta la función social de estas normas protectoras de la infancia; y así se decide... considera esta Corte Superior, que el *a quo* actuó ajustado a derecho al admitir la prueba heredo-biológica contemplada en el artículo 210 del Código Civil para determinar la paternidad y señalar que el ciudadano... debe practicarse los exámenes heredo-biológicos, a los fines de determinar o excluir la paternidad sobre el niño...

[100] Véase al respecto: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 390; Bocaranda, *Análisis...,* p. 138 Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 202 y 209; Viso, *Ob. Cit.,* p. 512; Harting, *Ob. Cit.* p. 263. Véase: BOTPNA3, Sent. 20-9-06, Exp. FP02-V-2006-0000426 http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/1967-20-FP02-V-2006-0000426-PJ0232006000199.html consagra la norma la obligación del juez de extraer, si fuere posible, un indicio grave de la conducta de la parte demandada que sea renuente a colaborar injustificadamente en la práctica de dicha prueba.

dencia[101]. Tal efecto se encuentra establecido a nivel general en el ámbito procesal en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil[102]. Hemos dicho que ante la imposibilidad de violentar los derechos personalísimos pretendiendo una coacción sobre el cuerpo o la integri-

[101] Véase: DFMSCM8, Sent. 26-3-87, J.R.G., T. XCVIII, p. 78; AMCCSPNA, Sent. 11-08-00, J.R.G., T. CLXVIII, p. 47, quien suscribe considera que la citada presunción legal del artículo del Código Civil, garantiza el derecho del niño a conocer a sus padres, porque dicha presunción es de obligatoria aplicación, en virtud de que la norma ordena al Juez apreciarla cuando dice a la letra: '...La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra'"; CSJ/Cas., Sent. 23-9-87, G.F., Tercera Etapa, Vol. III, N° 137, pp. 1.852-1.859; TSJ/SCS, Sent. N° 090 del 17-5-01, O.P.T., T. I, Mayo 2001, pp. 484 y 485; TSJ/SCS, Sent. 186 del 26-7-01, J.R.G., T. CLXXVIII, p. 730; TSJ/SCC, Sent. N° 00966 del 27-8-04, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00966-270804-03609.htm; TSJ/SCS, Sent. N° 0834 del 28-7-05, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/0834-280705-04853.htm; MEICM2, Sent. 26-4-05, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/962-26-7501-.html, en los juicios de inquisición de la paternidad según el artículo 210 CC, se establece una presunción contra el padre que rehúsa someterse a la experticia hematológica o heredo-biológica; YATPNA3, Sent. 30-1-07, Exp. 7246/05, en http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/1432-30-7246-06-.html; APSCMTBPNA, Sent. 25-10-06, Exp. N° 2.869, en http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/444-25-2869-2869.html; APTPNA2, Sent. 18-5-05, Exp. N° 9058, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/443-18-9058-.html; APTPNA2, Sent. 27-7-06, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/443-27-12884-.html; APTPNA1, Sent. 13-6-05, Exp. N° 9.587, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/443-13-9.587-.html; APTPNA1, Sent. 6-10-04, Exp. N° 10.455, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/443-6-10.455-.html; LASCMM1, Sent. 11-6-04, Exp. KP02-R-2004-530 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/649-11-KP02-R-2004-530-.html

[102] Véase cita de dicha norma con relación a la acción de inquisición de la paternidad: TSJ/SCS, Sent. N° 356 del 12-6-02, J.R.G., T. CLXXXIX, pp. 685-687, "...y la negativa a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra... En este sentido, cabe señalar que el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil autoriza al juez en caso de negativa de evacuación de una prueba que dependa de la voluntad de la persona sobre quien deba practicarse, sacar las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje, y así quedó sentado en sentencia de esta Sala de fecha 3 de mayo del año 2000"; APTPNA2, 29-4-04, Exp. N° 9.754, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2004/abril/443-29-9.754-.html, "La conducta del demandado ciudadano..., demuestra que su temor de realizarse la prueba se debe a que él tiene conocimiento cierto de que la niña..., es su hija biológica; presunción que establece este juzgador de conformidad con lo establecido en el articulo 505 en concordancia con el 510 del Código de Procedimiento Civil...así quedó asentado en Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 03-05-2000": TATPNA1, Sent. 9-2-06, Exp. 19442.- http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2006/febrero/1340-9-19442-.html, por cuanto de las actas se desprende que el demandado se negó a practicarse la prueba, por lo que debe aplicársele el contenido del artículo 505 del Código de Procedimiento Civil"; AMCCSPNA, Sent. 25-6-01, J.R.G., T. CLXXVII, pp. 39-41, "...conforme a los artículos 505 del Código de Procedimiento Civil y 210 del Código Civil..."; APTPNA1, Sent. 6-10-04, Exp. N° 10.455, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/443-6-10.455-.html; APTPNA1, Sent. 27-4-04, Exp. N° 9.247, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/abril/443-27-9.247-.html; APTPNA2, Sent. 15-11-05, Exp. N° 11.540, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/443-15-11540-.html; APTPNA1, Sent. 22-6-04, Exp. N° 9.613, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/443-22-9.613-.html APTPNA1, Sent. 23-11-04, Exp. N° 9.260, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/443-23-9260-.html

dad física por más ligera que la misma pudiera ser, el Legislador sabiamente optó por tal solución[103]. Inclusive en aquellas legislaciones donde tal consecuencia no se encuentra expresamente prevista, la doctrina ha llegado a tal conclusión por principio general[104]. La referida presunción será considerada en contra de la parte demandada aun cuando se trate de los herederos[105], toda vez que se admite que bien

[103] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 154 y 155; Perera Planas, *Análisis...,* p. 202, "en base a un principio constitucional, el señalado como padre no puede ser obligado a someterse a la prueba de la experticia. Previendo tal circunstancia, la Ley establece una presunción según la cual si se niega, obrará en su contra".

[104] Véase Sanler Castillo, *Ob. Cit.,* p. 128, el autor señala que en Cuba la negativa debe interpretarse como un fuerte indicio en contra, aunque ello no esté expresamente en la legislación. Véase también: http://www.caq.org.ar/shop/detallenot.asp?notid=1274. Con fecha 04-05-06, la Cámara de Apelación Civil y Comercial "Sala II" de Azul, en la causa 49.237, se pronunció sobre el valor probatorio de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas (Buenos Aires); Cárdenas Briceño, María Érica: *El derecho a la identidad filiatoria y el procedimiento legal para la investigación de la paternidad de menores en Baja California,* en: *Realidad Jurídica,* Vol. 8, 2006, México, http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-erika8.htm señala 'La negativa de los presuntos padres para someterse a las pruebas periciales genéticas para determinar la identidad en los casos de investigación, debe entenderse como una obstrucción judicial al conocimiento de la verdad objetiva y deberá establecerse que como consecuencia operará la presunción de paternidad en contra del presunto padre que se niega y a favor del derecho del menor a conocer su identidad paterna, salvo prueba en contrario'. Véase también: Peñailillo Arévalo, *Ob. Cit.,* p. 26, señala que para algunos el afectado puede ser obligado pero para otros su resistencia será respetada, no obstante el juez interpretará su actitud como un antecedente de convicción en consideración a la obligación de las partes de colaborar con el tribunal en el establecimiento de la verdad; Varsi Rospigliosi, *Ob. Cit.,* pp. 200-214, se refiere a la negativa justificada y no justificada.

[105] Véase: DFMSCM8, Sent. 26-3-87, J.R.G., T. XCVIII, p. 78. No establece la norma limitación alguna en cuanto a la condición del sujeto pasivo de la prueba, por lo que si ella ha de ser practicada en persona muerta, procede la exhumación... Cree por lo expuesto la Juzgadora, conforme a la jurisprudencia y doctrina extranjera, consultada, que la circunstancia de que la inspección haya de realizarse en un cadáver no hace improcedente, pues no se puede prejuzgar sobre su eficacia, ya que esta última está vinculada a la apreciación o rechazo del dictamen pericial. Por lo expuesto considera este Juzgado procedente la admisión de la prueba negada y que para su evacuación la parte demandada conceda la autorización necesaria para la exhumación del fallecido... con sujeción a las normas legales que regulan esta materia; DFMSCM8, Sent. 20-7-87, J.R.G., T. C, p. 143. Los demandados en este juicio son la viuda e hijo del *de cujus*, ciudadanos ... Son ellos los que tienen que autorizar o no la exhumación. La negativa se asimila a negativa del demandado en consentir la prueba y crea en su contra la presunción que establece el artículo 210 del Código Civil. Por lo demás, esa negativa y retardo en aceptar las pruebas técnicas en materia de filiación en nuestra legislación lo que han hecho es prodigar la irresponsabilidad de la paternidad, cuyo correctivo es esa norma. No se ve por qué, esa prueba de experticia en el cadáver mediante su exhumación, para determinar causas de evidente identidad etc., cuando la investigación inicial resulta deficiente es aceptada y que se le pongan tantas trabas, que no encuentra apoyo en la doctrina, cuando de establecer la filiación se trata, no obstante lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Nacional. Por lo expuesto considera este Juzgado que la experticia heredo-biotipológica es admisible y que los demandados deben dar su autorización para la exhumación del cadáver de..., pues en caso de negativa debe considerárseles incursos en la presunción legal que establece el artículo 210 del Código Civil. Así se declara.

pudieran éstos prestarse a la realización del examen para evitar la exhumación del cadáver[106]. Se considera así que la paternidad genética podría ser investigada sin la participación del demandado[107].

Igualmente, vale citar que según la jurisprudencia la presunción en contra opera no sólo cuando el demandado se niega a realizarse la prueba sino cuando no acude a la práctica del respectivo examen[108] y para alguna decisión judicial cuando "el demandado" no cancela el costo co-

[106] Véase: TSJ/SCC, Sent. RC N° 01152 del 30-9-04, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Septiembre/RC-01152-300904-03799.htm en el presente caso, la denuncia está fundamentada en que el progenitor de la accionante está muerto; por tal motivo, la acción va dirigida contra los herederos del *de cujus* y se busca, no el reconocimiento filial del padre, sino de su sucesión... La Sala en decisión dictada recientemente (*Vid.* Sent. del 27 de agosto de 2004 en el juicio de María de las Mercedes Sánchez c/ Manuel Romulado Escobar Mora y otros) estableció que "...la obligatoriedad en el sometimiento de la prueba es el punto de mayor importancia en la práctica de la experticia científica; por tanto, no puede aceptarse la tesis de que si el progenitor está muerto cesa esa obligatoriedad, por cuanto no existe disposición jurídica que restrinja la posibilidad de evacuarla con la exhumación del cadáver del progenitor...". La Sala considera conveniente ampliar el criterio sobre el particular, en el sentido de que la prueba heredobiológica debe practicarse en los descendientes de quien se reclama el establecimiento de la filiación en el caso que el progenitor no esté vivo, y si éstos se niegan a someterse a la prueba entonces debe practicarse en el cadáver del pretendido padre, como sucedió en el presente caso.

[107] Véase: decisión del 31 de marzo de 1998, Brasilia, Supremo Tribunal Federal, Habeas corpus 76060, http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/abstratos/documento.asp?seq=84&lng=espanhol

[108] Véase: PORICMT1, Sent. 26-6-06, http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/1140-26-23818-.html. El IVIC es un ente administrativo dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología y estos instrumentos gozan por lo tanto de la presunción de certeza por el Principio de Ejecutividad de los Actos Administrativos a que se refiere el artículo 8° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y al no haber sido impugnados de manera alguna por la parte demandada y no habiéndose desvirtuado su contenido durante la causa, se aprecian conjuntamente como plena prueba de que el IVIC, que debía practicar la experticia de ADN promovida en la presente causa, fijó cita para ... con el objeto de tomarles muestras sanguíneas para practicar la experticia de ADN y como plena prueba además, de que el ahora demandado ... no acudió en esa hora y fecha... no comparecencia ...que la aprecia este Tribunal como negativa de éste a someterse a dicha prueba de experticia y que constituye una presunción en su contra; METPNA1, Sent. 17-2-03, Exp.5573-2001, http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2003/febrero/97-17-5573-2001-.html, se dejó expresa constancia que el demandado no compareció a la cita pautada, por lo que esta juzgadora extrae de ello una presunción en su contra, a tenor del artículo 210 del Código Civil; APSCMTBPNA, Sent. 25-10-06, Exp. Nº 2.869, en http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/444-25-2869-2869.html, "operó la presunción establecida en el artículo 210 del Código Civil, en contra de la demandada por su negativa a someterse a dicha prueba, no obstante de haber sido notificada para que se realizara la misma, y la no comparecencia IVIC".

rrespondiente a dicha experticia[109]. Actualmente la LPFMP consagra la gratuidad de tal prueba[110]. Sin embargo, con anterioridad indicamos que "Tal costo corresponde en principio a la parte promovente (generalmente la actora)[111] o a ambas partes si se acuerda de oficio[112], de allí que el monto pueda ser compartido por las partes[113]. Cualquier variación –especialmente en materia de menores en razón de la gratuidad[114] que consagra el artículo 9 de la LOPNNA– debe ser previamente advertida por el Tribunal en el respectivo expediente. En todo caso, aun en este último ámbito, si la experticia la promueve el demandante, no resulta procedente ni sensato, dada la gravedad de las consecuencias en

[109] Véase: YATPNA3, Sent. 30-1-07, Exp. 7246/05, en http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/1432-30-7246-06-.html "...el hecho de que el demandado no haya comparecido a este Tribunal, a los fines de que cancele las pruebas heredobiológicas, a lo que fue condenado mediante sentencia Penal...sin que a la fecha el demandado hubiere justificado su ausencia, debe ser considerado como una negativa a someterse a dichas pruebas. Por lo que debe considerarse una presunción en su contra y así se declara"; LATPNA2, Sent. 27-4-05, Exp. KP02-Z-2004-002062, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/645-27-KP02-Z-2004-002062-.html. El Tribunal en auto de admisión de la presente acción ordenó la realización de una prueba de filiación biológica a ser realizada en IVIC... y la evacuación de la misma no fue posible, por falta de colaboración de ambas partes, que no cancelaron dicho costo, siendo que el prenombrado instituto tiene que autofinanciarse. Esta conducta de omisión atribuida fundamentalmente al demandado que es la persona que tiene interés en probar que el niño no es su hijo, fundamento expresado como su defensa, debe valorarse como una negativa de su parte a someterse a la experticia genética, lo cual crea una presunción en su contra, a tenor de lo establecido en el artículo 210 del Código Civil.

[110] Véase artículos 28 y 31, en sede administrativa y judicial, respectivamente.

[111] Véase: LATPNA3, Sent. 31-3-04, Exp. KP02-Z-2003-001784 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/marzo/645-31-KP02-Z-2003-001784-.html se observa la comparecencia de la apoderada judicial de la demandante consignando el monto (Bs. 790.000,00) requerido por el IVIC para la realización de la prueba heredobiológica; LASCMM1, Sent. 11-6-04, Exp. KP02-R-2004-530 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/649-11-KP02-R-2004-530-.html si ... hubiera tenido real intención de practicarse dicha experticia... hubiera tomado en cuenta la posible dificultad de conseguir el monto por parte de la actora en este corto lapso, dada la importancia de la suma requerida (Bs. 600.000,00).

[112] Ello por principio general y también podría considerarse a falta de norma expresa en materia de experticia, la aplicación analógica del artículo 476 del Código de Procedimiento Civil relativo a la inspección judicial.

[113] Véase: TATPNA3, Sent. 6-4-05, Exp. N° 30.358. http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/1342-6-30358-18.html. En la oportunidad para contestar demanda... pidió que con preferencia a cualquier otra diligencia que se pueda realizar en el presente juicio se ordenara la práctica de la prueba de ADN, ofreciendo cancelar los gastos que ocasione dicha prueba en lo que respecta a la persona del niño y a la de él, debiendo la madre cancelar la cuota parte que a ella le corresponda... En diligencia (la actora) manifestó estar de acuerdo con cancelar parte de la prueba.

[114] Véase sentencia citada *supra* en que el demandante solicita se oficie a la UCV en razón de la gratuidad de la prueba: TASCMTBPNA2, decisión 10-10-6, Exp. N° 5516 http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/1321-9-5516-05.html.

juego, hacer recaer únicamente sobre el demandado no promovente el costo de la prueba y aplicarle la presunción en contra por no haber realizado el pago. En razón de la importancia de la citada presunción es procesalmente indispensable el conocimiento del demandado de la oportunidad fijada para la prueba"[115].

Es de recordar que una presunción pretende llegar a un hecho desconocido a través de uno conocido, según indica el artículo 1.394 CC[116]. En el caso que nos ocupa el hecho conocido es la "negativa" del presunto progenitor a practicarse la prueba, en tanto que el hecho desconocido es la paternidad o la maternidad. La presunción aligera la carga de la prueba de quien la tiene a su favor, y debe ser desvirtuada por quien la tiene en contra, de conformidad con el artículo 1.397 *eiusdem*[117]. De tal suerte que, ante la promoción del actor, lo más conve-

[115] Véase: ZUSTPNA, sede const, sent 12-7-06, Exp. N° 00875-06, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/528-12-875-06-21-06.html. En la causa de inquisición de paternidad propuesta contra el accionante en amparo y seguida por ante el Tribunal señalado como agraviante, constata esta Corte Superior que... al demandado no se le notificó personalmente de la fijación de día y hora para acudir a la práctica de la experticia heredobiológica, conculcando en esa forma, igualmente, su derecho de defensa, pues no tuvo oportunidad de conocer la obligación en que estaba de acudir a la práctica de la prueba y de las consecuencias adversas de su incomparecencia, establecidas en el artículo 210 del Código Civil y de decidida importancia en la investigación de la paternidad.

[116] Véase referencia a dicha norma y a los artículos 210 CC y 505 Código de Procedimiento Civil en una acción de inquisición de paternidad: APTPNA1, Sent. 6-10-04, Exp. N° 10.455, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/443-6-10.455-.html. Véase también: TSJ/SCC, Sent. RC N° 01152 del 30-9-04, en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Septiembre/RC-01152-300904-03799.htm la presunción es una inferencia, un razonamiento, es decir, una forma lógica de pensar que parte del indicio. En otras palabras "...es el resultado de una operación intelectual, por la cual el Juez con base a un hecho conocido, induce la existencia de otro desconocido...".

[117] Véase: TATPNA1, Sent. 9-2-06, Exp. 19442.- http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2006/febrero/1340-9-19442-.html, "La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia de fecha 16 de mayo del 2002 "...la negativa del demandado a someterse a la experticia hematológica o heredobiológica autoriza al Juez a extraer de tal conducta una presunción en su contra, presunción que es establecida por la propia Ley y que es desvirtuable por el resto del material probatorio...". Así las cosas, observa quien juzga que ante la aplicación de la presunción legal ordenada por el artículo 210 del Código Civil, surgió en el demandado la carga de desvirtuar dicha presunción y dispensó de toda prueba a la parte demandante, por imperativo del artículo 1397 del Código Civil que textualmente establece: "La presunción legal dispensa de toda prueba a quien la tiene a su favor" y por ello interpreta esta Juzgadora que la negativa del demandado a la toma de la muestra para la práctica del examen heredo biológico es una demostración de su convicción de ser el progenitor y no permitir que ello pueda ser legalmente demostrado". Véase en el mismo sentido: TATPNA3, 15-2-06, Exp. N° 32333, http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2006/febrero/1342-15-32.333-.html

niente para el demandado en un proceso de inquisición de paternidad o maternidad que tiene la certeza de no ser el progenitor, es precisamente practicarse la experticia científica a los fines de evitar que pese en su contra la citada presunción. Esto por cuanto el Juzgador posiblemente considerará que dicha negativa representa una convicción en cuanto a la paternidad[118], si no logra ser desvirtuada[119], inclusive

[118] Véase: López Herrera, *Derecho....,* T. II, p. 450; AMCCSPNA, Sent. 25-6-01, J.R.G., T. CLXXVII, pp. 39-41, "El... ciudadano... se ha negado a realizarse dicha prueba ...por lo tanto su negativa reiterada ...es interpretada por esta Corte Superior como una demostración de su convicción de ser el progenitor y no permitir que ello pueda ser legalmente probado y así se establece"; BATPNA2, Sent. 16-7-04, Exp. Nº C-3150-03, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/818-16-C-3150-03-.html "Se valora conforme el artículo 210 del Código Civil, la negativa injustificada del demandado ciudadano..., a someterse a la prueba de ADN practicada por el IVIC, como medio determinante para establecer la verosimilitud y certeza de la filiación paterna del niño..., como una presunción en su contra; APTPNA1, Sent. 27-4-04, Exp. N° 9.247, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/abril/443-27-9.247-.html ...La conducta del demandado ciudadano..., demuestra que su temor de realizarse la prueba se debe a que él tiene conocimiento cierto de que el niño..., es su hijo biológico; APTPNA1, Sent. 22-1-04, Exp. N° 9.785, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2004/enero/443-22-9.785-.html lleva a la conclusión que si el ciudadano ... tuviera la certeza de que no era el padre de la niña que nos ocupa tuviera la firme disposición de realizar la prueba de ADN o Heredobiológica, pero como ocurre caso contrario, es decir, no tiene la firme convicción de que no sea el padre y asume tal posición de no quererse realizar dicha prueba; por lo que valora la manifestación de desacuerdo, con las reglas de la sana crítica de conformidad con lo previsto en el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 210 del Código Civil; APTPNA2, Sent. 15-11-05, Exp. N° 11.540, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/443-15-11540-.html. La conducta del demandado ciudadano..., demuestra su temor de realizarse la prueba se debe a que él tiene conocimiento cierto de que el niño..., es su hijo biológico; APTPNA1, Sent. 22-6-04, Exp. N° 9.613, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/443-22-9.613-.html; APTPNA1, Sent. 23-11-04, Exp. N° 9.260, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/443-23-9260-.html; APTPNA2, 29-4-04, Exp. N° 9.754, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2004/abril/443-29-9.754-.html; TATPNA1, Sent. 9-2-06, Exp. 19442.- http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2006/febrero/1340-9-19442-.html

[119] Véase: TATPNA3, Sent. 15-2-06, Exp. N° 32333, http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2006/febrero/1342-15-32.333-.html. Véase también señalando que la citada presunción precisa ser desvirtuada por el demandado; APTPNA2, Sent. 29-4-04, Exp. N° 9.754, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2004/abril/443-29-9.754-.html. "La presunción de paternidad por inasistencia del demandado al manifestar su voluntad de practicarse la prueba de ADN, no fue desvirtuada por el demandado durante el juicio, por cuanto el mismo no contestó la demanda ni promovió prueba alguna a su favor"; LASCMM1, Sent. 10-10-5, Exp. KC01-R-2001-000018, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/octubre/649-10-KC01-R-2001-000018-.html de acuerdo al artículo 210 del Código Civil existe una presunción *iuris tantum* que obra a favor del accionante y en contra del demandado, cuando este último se niega a la práctica de la prueba a que hace referencia la precitada norma, pero que dicha presunción puede ser desvirtuable por otros elementos probatorios que cursen en autos, *v. gr.* un documento público consistente en una partida de nacimiento.

por sí sola[120], en especial modernamente dada la certeza que representa dicho examen[121].

Sin embargo, algunas decisiones judiciales indican –acertadamente– que la simple negativa a practicarse la experticia, por sí sola, sin otro elemento probatorio a favor del actor, no sería determinante en el establecimiento de la filiación[122], por cuanto debe concordarse con otras

[120] Véase: PORICMT1, Sent. 26-6-06, Exp. http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/1140-26-23818-.html, la no comparecencia de dicho demandado, a la cita que se le fijó para tomarle una muestra de sangre ...se aprecia como plena prueba de que el mismo demandado ...es padre biológico.

[121] Véase: NETPNAU2, Sent. 29-7-04, Exp. J2-3.696-03, http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/280-29-J2-3.696-03-.html "...A criterio de esta Corte Superior el alcance de esta presunción a la hora actual reviste un mayor rigorismo que en 1982 cuando el legislador Civil la incluyó en el Artículo 210. Es decir, en aquel entonces tenía una significación para el Juez de la causa distinta a la negativa injustificada actual; de manera que el peso de esta prueba de presunción será mayor a medida que mayor sea la precisión en la investigación genética, puesto que la veracidad de la filiación paterna quedará mejor establecida en un laboratorio que en los alegatos de los Abogados, en las presunciones de paternidad y hasta en la misma posesión de estado..." (Sentencia del 25-06-2001)". Véase en el mismo sentido; APTPNA1, Sent. 21-6-05, Exp. Nº 10.635, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/443-21-10.635-.html; AMCCSPNA, Sent. Octubre de 2001, J.R.G., T. CLXXXI, pp. 22-25, "No deja de señalar esta Corte Superior la importancia que reviste hoy día los avances de investigación científica en el establecimiento de la filiación y como estas pruebas han pasado a ser, en la actualidad, indispensables en los juicios de filiación, al punto tal que el negarse injustificadamente a someterse a ellas debe ser interpretado con un mayor rigorismo que en otros tiempos en que no se habían alcanzado los progresos de la investigación genética actual". En el mismo sentido: YATPNA2, Sent. 3-7-06, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/1432-3-5450-04-.html

[122] Véase: AMCSFM1, Sent. 16-5-95, J.R.G., T. CXXXIV, pp. 72 y 73, la simple presunción en contra de la negativa a someterse a la prueba hematológica no puede ser decisiva para el establecimiento de la filiación paterna. Y así se declara; AMCSFM1, Sent. 22-4-96, J.R.G., T. CXXXVIII, p. 85, si bien tuvo lugar la confesión ficta al no acudir al acto de contestación a la demanda y haberse rehusado a practicarse la prueba hematológica ordenada por el Tribunal de la causa; sin embargo, en materia de inquisición de paternidad ésta no puede quedar establecida solamente en base a presunciones en contra del demandado sino que se requiere además que el reclamante cumpla con los requisitos de pruebas señalados en el artículo 210 del Código Civil. Al no haber ello ocurrido no puede quedar establecida la paternidad; AMCSFM2, Sent. 17-9-97, J.R.G., T. CXLIV, pp. 88 y 89, la negativa de la actora de someterse a la prueba hematológica y heredobiológica debe ser considerada como una presunción en contra pero, no puede, por sí sola, servir de fundamento para establecer la filiación. Véase también: Gómez Fernández, Lucía: *Uso de las pruebas genéticas en las cuestiones del Derecho de Familia,* http://www.biotech.bioetica.org/i41.htm, señala que "el juez podría tomar la negativa y evaluarla en conjunto con otros elementos, pero nunca podría servir como única prueba para emplazar a una persona en un cierto estado de familia".

pruebas[123]. Por lo que reiteramos, que el actor debe tratar de hacer valer la mayor cantidad posible de medios o elementos probatorios a su favor, para que los mismos se acompañen a la referida presunción[124] o porque no obstante su promoción dicha prueba no sea evacuada[125].

La LPFMP dispone en su artículo 31 –a continuación del procedimiento administrativo a los fines de instar al reconocimiento voluntario de la filiación en sede administrativa–:

> Transcurrido el lapso de comparecencia sin que la persona señalada como padre acuda a aceptar o negar su paternidad, se remitirán las actuaciones al Ministerio Público con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, a los fines de iniciar el procedimiento de filiación correspondiente. En

[123] De conformidad con el artículo 510 del CPC. Véase: TSJ/ SCS, Sent. 28-2-02 N° RC N° 126, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/RC126-280202-01820.htm "...debe esta Sala considerar como procedente la presente denuncia, al haber el Sentenciador infringido los artículos 210 del Código Civil, y 510 del Código de Procedimiento Civil, ambos por falta de aplicación. De tal manera, que deberá el Juez que conozca en reenvío, aplicar, al valorar las resultas de la prueba de experticia de filiación biológica, la presunción a que se contrae el señalado artículo 210 del Código Civil, para luego y conteste con las pautas que establece el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, concordar tal indicio con otros que existieren en autos y con las restantes pruebas que conforman el expediente"; BOTPNA3, Sent. 20-9-06, Exp. FP02-V-2006-0000426 http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/1967-20-FP02-V-2006-0000426-PJ0232006000199.html en criterio de quien decide la presunción *iurís tantum* que obra en contra del demandado no es suficiente para precisar que la actora resulta ser hijo biológica del ciudadano..., pero que la misma fue complementada con la declaración de los testigos promovidos por la parte demandante, como se dejó establecido por este Tribunal al apreciarlos; APTPNA, Sent. 23-11-04, Exp. N° 9.260, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/443-23-9260-.html. La presunción de paternidad por inasistencia del demandado al manifestar su voluntad de practicarse la prueba de ADN, no fue desvirtuada por el demandado durante el juicio, por cuanto el mismo no contestó la demanda ni promovió prueba alguna a su favor, considerando quien aquí decidiera que la parte demandante con los testigos presentados y evacuados ante este Tribunal y la negativa de practicarse la prueba de ADN, la parte demandante demostró plenamente su pretensión. Y así se decide de conformidad con lo establecido en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

[124] Véase: APSCMTBPNA, Sent. 25-10-06, Exp. Nº 2.869, en http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/444-25-2869-2869.html. "Esta prueba más la declaración de las dos testigos hábiles y contestes, más la presunción legal del artículo 210 del Código Civil venezolano, son razones suficientes para que el Juez de Primera Instancia declarara con lugar la demanda de Inquisición de Paternidad intentada".

[125] Véase: CAICMA1, Sent. 28-7-04, Exp. Nº 49.402, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/721-28-49.402-.html. La referida prueba no fue evacuada, razón por la cual, queda desechada del presente Juicio, toda vez, que el IVIC, se tomó demasiado tiempo para dar la respuesta inicial, fijar las pautas para realizar la prueba solicitada.

> los procedimientos de filiación el juez o jueza podrá ordenar con carácter obligatorio pruebas de filiación biológica Ácido Desoxirribonucleico (ADN) y otras experticias pertinentes, las cuales deberán ser garantizadas gratuitamente por el Estado.

De tal norma se desprende la legitimación de la acción de inquisición de la paternidad en materia de menores por parte del Ministerio Público, la posibilidad del Juez de ordenar de oficio la prueba de ADN y la gratuidad de la misma.

3.2 *ESTABLECIMIENTO AUTOMÁTICO*

3.2.1 *La posesión de estado*

La norma en comentarios señala en su segundo párrafo o único aparte: "Queda establecida la paternidad cuando se prueba la *posesión de estado* de hijo..."[126]. La posesión de estado es la apariencia de ser titular de un estado civil familiar determinado y por ende, de disfrutar y cargar con los deberes y derechos inherentes al mismo[127]. Conformado principalmente por los tradicionales elementos de *nombre, trato y fama*, enumerados en el artículo 214 del CC[128]. Y de los que indicamos, el "nombre" o más precisamente el "*apellido*", no podrá pretenderse en la filiación extramatrimonial[129]. Siendo de todos los elementos, el más importante y esencial, el "*trato*", pues la fama es una proyección de éste ante los terceros que bien pudiera faltar en el caso de relaciones que se preten-

---

[126] Destacado nuestro. Véase: López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 451-453; Perera Planas, *Análisis...,* p. 203; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 202 y 203, 209; Viso, *Ob. Cit.,* p. 511; Bocaranda, *Análisis...,* p. 139; García de Astorga, *Principales...*, p. 67; Ramos Sojo, *Unidad...*, p. 378. Véase también: AMCSFM2, Sent. 17-9-97, J.R.G., T. CXLIV, pp. 88 y 89.

[127] Sobre el tema, véase: Domínguez Guillén, *En torno a la posesión de estado...,* pp. 55-84 (Véase *infra* N° X); Ramos Sojo, *Situaciones de Hecho...,* pp. 335-415; Nikken B., Pedro: *Viejos y nuevos problemas en torno a la posesión de estado.* En: *Libro homenaje a José Mélich Orsini.* Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Imprenta Universitaria, 1983, Vol. II, pp. 645-701.

[128] Véase: Torres-Rivero, *Derecho de Familia...,* 1967, T. II, pp. 41 y 42, la posesión de estado está configurada por un conjunto de hechos tendientes a demostrar el estado poseído, aparentado, 'a los ojos de público'".

[129] Porque precisamente no se podrá utilizar en razón de la falta de reconocimiento voluntario de la filiación.

den mantener en reserva[130]. Se presenta así la figura de la posesión de estado, como una institución supletoria fundamental del estado familiar.

La posesión de estado juega un papel esencial en el establecimiento de la filiación extramatrimonial[131] por vía judicial y también en la prueba supletoria de la filiación matrimonial y del estado del cónyuge en aquellos casos en que no se cuenta con la prueba por excelencia que es la correspondiente partida[132]. Su referencia no se limita a la disposición en estudio sino a otros artículos del Código Civil tales como el 198, ord. 2, relativo a la prueba de la filiación materna a falta de partida de nacimiento; el 233[133] que ordena atender a la posesión de estado en los conflictos de filiación en general y el 230 en caso de inconformidad entre la posesión de estado y la correspondiente acta de nacimiento.

Hemos dicho en otra oportunidad, que de probarse la posesión de estado en el correspondiente juicio de reconocimiento forzoso de la filiación, quedará establecida la misma. Y no valdrá –a nuestro criterio– desvirtuar la paternidad o la maternidad a través de experticias científicas, pues como referimos, estas últimas serán útiles a falta de posesión de estado[134]. Como bien indica López del Carril: “Nuestro pensamiento desde hace mucho tiempo, se ha centrado en la improcedencia, a nuestro entender, de exigir, además de la posesión de estado, la prueba del nexo biológico”[135]. Comenta también acertadamente Durán Acuña que el Derecho considera que quien ha asumido la carga de comportarse como padre o madre es porque realmente lo es y al igual que el reconocimiento tiene poca trascendencia jurídica que quienes detentan el estado civil de padre, madre o hijo, en realidad lo sean. Cumplidas las

[130] Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *En torno a la posesión...,* pp. 64-72.
[131] Bien sea “paterna” o “materna”.
[132] En supuestos excepcionales en que se precise acudir a un juicio de inserción de partidas para acceder a una prueba supletoria de la misma. Véase: Domínguez Guillén, *El Estado Civil...*, I, pp. 398-402; Domínguez Guillén, *En torno a la posesión...,* pp. 72-78.
[133] Véase: Ramos Sojo, *Unidad...*, p. 138, el artículo 233 CC se trata de un caso especial donde la posesión de estado sirve de elemento de convicción para establecer la filiación.
[134] Véase: Domínguez Guillén, *En torno a la posesión...,* p. 74, “Así pues, de conformidad con la citada norma, la filiación podría establecerse con todo género de pruebas incluidas las científicas y esto tiene sentido especialmente a falta de posesión de estado, pues de existir ésta y ser probada será suficiente para el establecimiento de la filiación”.
[135] López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 176, el autor cita en este mismo sentido a Borda.

condiciones de dicha posesión se podrá solicitar al Juez la declaración judicial de filiación[136].

Y en este sentido, la jurisprudencia refiere que la posesión de estado por sí sola hace procedente la acción de inquisición de la paternidad o la maternidad[137]. Al respecto, indica acertadamente Ramos Sojo que, "no cabe duda de que cuando no haya habido establecimiento voluntario, la posesión de estado es prueba suficiente en el establecimiento judicial, sin que haya necesidad de recurrir a la alegación de otros hechos"[138]. Esto con base a la significación que tiene la importante figura de la posesión de estado, que a decir de la doctrina supone un reconocimiento en el día a día[139], y por el propio sentido de la norma bajo análisis que claramente indica: "Queda establecida la paternidad cuando se prueba

[136] Durán Acuña, *Ob. Cit.,* pp. 62 y 63.

[137] Véase: YATPNA2, Sent. 30-11-06, Exp. Nº 6960/05. http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1432-30-6960-06-.html. En el texto legal transcrito se dice que la paternidad puede acreditarse probando en forma indubitable la posesión de estado, si existe prueba suficiente al respecto no es necesario la demostración de otros hechos para declarar la procedencia de la acción. Véase también: LATPNA3, Sent. 3-8-04, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/645-3-KP02-Z-2004-001641-.html. La testigo expone suficientemente y con veracidad la llamada Posesión de Estado...su declaración no presenta contradicciones, es clara y precisa prevaleciendo su testimonio por cuanto el demandado no estuvo presente en la Audiencia Oral de Evacuación de Pruebas, para contradecir, rebatir e impugnar sus dichos. Se aplica para la validez de su criterio lo establecido en la sentencia emanada de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas de fecha 19 de febrero de 2001, que da plena validez al testigo familiar o al amigo que con convicción conozca del asunto que se cuestiona, dándole habilidad al testigo por encontrarse relacionado a los verdaderos sucesos y ser real protagonista del drama familiar en conflicto. En consecuencia, esta juzgadora de acuerdo con el principio de la libre convicción razonada del Juez y la sana crítica, avala el testimonio de ... quedando comprobada la Posesión de Estado pretendida por la actora; TRUICMATBC3, Sent. 25-9-06, Exp. 8467-03 http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/1611-25-8467-03-.html Véase también: AMCSFM2, Sent. 17-9-97, J.R.G., T. 144, pp. 88 y 89; TSJ/SCS, Sent. N° 232 de 19-9-01, T.R.G., T. CLXXX, p. 685. El artículo 210 del Código Civil establece una disyuntiva probatoria, si se demuestra la posesión de estado queda establecida la paternidad, sin necesidad de que se demuestre la cohabitación para la época de la concepción ni la identidad del hijo con el entonces concebido. Una vez establecida la existencia de la posesión de estado sólo podía el Juez declarar la paternidad. En el mismo sentido, véase: MEICMT2, Sent. 3-8-05, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2005/agosto/962-3-07542-.html y MEICMT2, Sent. 19-7-06, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/962-19-7699-.html.

[138] Ramos Sojo, *Situaciones...,* p. 378.

[139] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 92, la posesión de estado es en palabras de Domolombe decisiva por ser un reconocimiento de todos los días y todos los instantes.

la posesión de estado de hijo..."[140]. La misma consideración es predicable a la maternidad[141] por aplicación de la finalidad de la institución y los artículos 198, ord. 2° y 233 CC.

Mal podría ser de otra manera, considerando que no tendría sentido que quien reiteradamente se ha mostrado como padre o madre, pretenda –al serle requerido el reconocimiento– desconocer tal situación fáctica a través de una experticia científica[142]. Se trata de un caso en que la verdad biológica de la filiación no puede estar por encima de la conducta constante y reiterada de quien por largo tiempo se ha comportado como progenitor. De allí que, a pesar que el CC de 1982 se inspira en la "verdad" de la filiación, el mismo Código admite claramente que la verdad biológica de la filiación cede en ocasiones por razones de seguridad jurídica y paz familiar[143]. Por lo que no siempre será procedente pretender resolver los conflictos filiatorios alegando la verdad biológica de la filiación[144]. Si bien tradicionalmente la verdad de la filiación se ha entendido por su coincidencia con la verdad biológica[145], se señala acertadamente que en aras de la paz social la "*verdad jurídica*" de la filiación no necesariamente coincide en ocasiones con la verdad biológica, aun

[140] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 203; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 202 y 203, 209; Viso, *Ob. Cit.,* p. 511; Bocaranda, *Análisis...,* p. 139; García de Astorga, *Principales...*, p. 67.

[141] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* pp. 203 y 204. "El Código habla de 'posesión de estado' ... o es decir, que creo se refiere a una u otra situación. Si se prueba la posesión de estado, queda establecida la paternidad o la maternidad".

[142] Nadie puede alegar su propia torpeza, por lo que no podría el presunto progenitor que se ha comportado como tal pretender desconocer su propia conducta con la prueba científica. De tal suerte, que la forma de atacar la pretensión del actor vendría dada por desvirtuar la existencia de la posesión de estado alegada.

[143] Ello se evidencia cuando se consagra la preeminencia de la posesión de estado (artículos 210 y 233 CC), la procedencia de la presunción de paternidad no obstante la inseminación artificial de la mujer (artículo 204 CC), la caducidad de la acción de desconocimiento (art. 206 CC), la pérdida de la acción de inquisición frente los herederos por el transcurso de 5 años (art. 228 CC), la adopción, la imposibilidad de reclamar una filiación distinta cuando exista coincidencia entre posesión de estado y acta de nacimiento, salvo los supuestos excepcionales de suposición o sustitución de parto (art. 230).

[144] Véase en este sentido: Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 76, bajo ciertas circunstancias, la verdad jurídica puede no ser rebatida y desechada ante la constatación de una realidad que la contradiga. Eso explica, por ejemplo, que se prohíba la determinación de la filiación consanguínea del hijo adoptado, que se conceda la titularidad de las acciones sólo a ciertas personas, o que se fijen términos cortos de caducidad de las mismas.

[145] Véase: Ramos Sojo, *Unidad...*, p. 134.

cuando el Legislador pretendió acercarse lo más posible a la misma; porque la realidad no solamente es el vínculo de sangre[146]. Sin embargo, toda persona humana tiene derecho a conocer su *identidad* biológica, aunque de ella no se deriven consecuencias jurídicas[147]. Ese es el sentido del artículo 56 de la Carta Magna y no la impugnación de la filiación legal en todo caso en función de la verdad biológica, según tuvimos ocasión de explicar[148].

Vale citar al respecto las acertadas consideraciones de Di Lella: "Me parece importante no olvidar que la racionalidad forma parte de la definición misma del ser humano, y que por ende la 'identidad' del sujeto es tanto biológica como psicosocial, y por ello mismo no está privado de fundamento hacer prevalecer la segunda sobre la primera, cuando el criterio legislativo así lo considere prudente, como por ejemplo, cuando el transcurso del tiempo así lo justifique. Es esto lo que explica la importancia dada en la legislación francesa y española a la *posesión de estado* como elemento determinante para influir en la concesión o denegación de legitimación o en la caducidad de las acciones del estado filial"[149]. Afirmación que por las razones explicadas consideramos perfectamente aplicable al caso venezolano, en el sentido de que la posesión de estado constituye una verdad o realidad familiar jurídica preeminente en el establecimiento filiatorio.

[146] Véase Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 76. "En pos del orden y la paz sociales que el Derecho propugna, el legislador creó la verdad jurídica de la filiación, lo más próximo que pudo a la realidad. Pero la realidad en esta materia no sólo es el lazo de sangre. La necesidad existencial del hombre de perpetuarse a través de la progenie, el drama humano que se esconde detrás de cada regla de derecho, el mundo de los afectos, las decepciones, los miedos, los deseos, en fin, toda la naturaleza humana, son también realidades que deben ser tenidos en cuenta por el Legislador en materia de filiación".
[147] Véase: Di Lella, *Paternidad y pruebas biológicas...,* pp. 82 y 83; Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 123-126.
[148] Véase *supra* N° VI.3.3.3.1.
[149] Di Lella, *Paternidad y pruebas biológicas...*, p. 90. (Destacado nuestro).

3.2.2 *La cohabitación de los progenitores durante la época de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período*

La norma en comentario en su segundo párrafo o único aparte, luego de referirse a que queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo, agrega *o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período,* salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período"[150]. De lo que se deduce que tal posibilidad no supone necesariamente el alegato de la posesión de estado, por lo que ambos supuestos no son concurrentes[151]. Significa que el demandante que no ha gozado de posesión de estado tiene la posibilidad de probar únicamente la existencia de una relación de hecho entre el pretendido padre y la madre, durante el período de la concepción[152], acreditando la correspondiente identidad[153] del hijo en dicho lapso[154]. De allí que se concluya que es suficiente con la prueba de cualquiera de los dos supuestos (o alternativas): o la posesión de estado o, en su defecto, la cohabitación[155], aunque bien pudieran darse

[150] Destacado nuestro.

[151] Véase: Bocaranda, *Análisis...,* p. 139. "Los extremos que le corresponde comprobar al presunto hijo son autónomos, no necesariamente concomitantes. Así, basta que demuestre la posesión de estado. O que, sin demostrar... demuestre la cohabitación ... y la identidad. Esto último no es fácil de lograr"; Perera Planas, *Análisis...,* p. 204, "¿Se exige que concurra la posesión de estado con la relación carnal y la identidad del hijo?
El Código habla de 'posesión de estado' ... o, es decir, que creo se refiere a una u otra situación. Si se prueba la posesión de estado, queda establecida la paternidad o la maternidad.

[152] Véase: CSJ/Cas, Sent. 24-2-94, J.R.G., T. CXXIX, p. 497, a falta de posesión de estado, la ley exige la demostración de la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y, además, la identidad del hijo con él concebido en dicho momento; AMCSFM1, Sent. 17-5-96, J.R.G., T. CXXXVIII, p. 87.

[153] Perera Planas, *Análisis...,*, p. 204, "Identidad del hijo con el concebido. Es indispensable que exista esta coincidencia y que se pruebe en juicio. Ahora bien, la doctrina venezolana está consciente de que tal extremo solamente se puede probar mediante testigos, con los límites que se imponen en este caso".

[154] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 203 y 209; Viso, *Ob. Cit.,* p. 511; García de Astorga, *Principales...*, p. 67; Bocaranda, *Análisis...,* p. 139.

[155] Véase: AMCSFM2, Sent. 5-3-99, J.R.G., T. CLII, p. 54, "...se desprende claramente que basta que se pruebe una de las dos (2) alternativas que prevé la ley en el art. 210 CC, es decir, la posesión de estado de hijo o la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período".

ambas[156]. Así, según se evidencia de la clara redacción de la norma, una vez probada dicha cohabitación en los términos requeridos, la consecuencia necesaria es el establecimiento de la filiación.

Así comenta Di Lella –al referirse a las pruebas no biológicas de la filiación– que la solución tradicional según la cual padre era quien mantuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción sigue siendo válida[157].

Observése que la disposición se refiere a "*cohabitación*" de los padres durante la época de la concepción. Por lo que utilizamos la expresión "relación de hecho"[158] de los progenitores en tal lapso, porque ello supone un término más amplio que la unión concubinaria, que precisaría de ciertos requisitos esenciales, tales como no estar unido en matrimo-

[156] Véase: LATPNA1, Sent. 4-8-04, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/agosto/645-4-KP02-Z-2004-000094-.html, "la parte actora pretendía demostrar la posesión de estado de hijo de..., y a su vez la apoderada judicial del demandado pretendía desvirtuarla; en este sentido, la aludida presunción no fue rebatida a través de ningún medio probatorio por la parte demandada. En la referida audiencia se evacuaron las testimoniales de los ciudadanos..., testigos éstos promovidos por la parte actora, quienes fueron contestes en afirmar que los ciudadanos ... sí mantuvieron relaciones amorosas desde el año 1992; que de dicha relación nació un hijo de nombre..., al que todos los vecinos lo reconocen como hijo del ciudadano..., por el trato recíproco que de padre a hijo ambos se tienen; testimoniales éstos que este Juzgado valora de acuerdo con el criterio de la libre convicción razonada, creándose en esta sentenciadora el convencimiento de la existencia de hechos suficientes que indican el estado de hijo de ... con respecto al ciudadano..., aunado a la aplicación de la presunción establecida en el artículo 210 del Código Civil Venezolano, se declara procedente la demanda por Inquisición de Paternidad"; LATPNA3, Sent. 25-5-04, Exp. KP02-Z-2002-001155 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/mayo/645-25-KP02-Z-2002-001155-.html, considera la existencia de la relación concubinaria entre los progenitores, así como posesión de estado.

[157] Di Lella, *Paternidad y pruebas biológicas...*, pp. 14 y 15.

[158] Sobre la relaciones de hecho a propósito de las uniones concubinarias, Véase: TSJ/SConst, Sent. N° 1682 del 15-7-05, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm

nio[159]. Se requiere también probar que el lapso de concepción del hijo coincide con el tiempo de cohabitación de los padres, para cuyo cálculo debe tenerse en cuenta el artículo 213 del CC[160]. Así pues, una forma de establecer la paternidad es la prueba de la cohabitación durante el tiempo de la concepción del hijo y así lo ha reseñado alguna decisión judicial[161]. La prueba de dicha relación de los progenitores durante el tiempo de concepción, al igual que la posesión de estado, generalmente tiene lugar mediante la prueba testimonial[162] y también es suficiente a los fines del establecimiento de la paternidad.

---

[159] Véase: LASCMM1, Sent. 11-6-04, Exp. KP02-R-2004-530 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/649-11-KP02-R-2004-530-.html tiene razón el demandado al afirmar que una persona casada legalmente no puede mantener relación concubinaria, pero tal realidad no contradice el hecho de que siendo el acto de gestación producto de un momento, no necesariamente debe formar parte de una unión estable dentro o fuera del matrimonio, por lo que tal razonamiento no es compartido por este juzgador. Véase también: Perera Planas, *Ob. Cit.,* pp. 203 y 204, "¿Cohabitación o relaciones carnales? ¿La norma utiliza la expresión relaciones sexuales? No precisamente. Habla de que 'se demuestre la cohabitación del padre y de la madre...'. Y, ¿qué es cohabitar? En el caso de los cónyuges, es vivir juntos, compartir la misma casa, el mismo lecho, la misma mesa; es presentarse juntos en las actividades sociales, concurrir en tal forma a lugares públicos. ¿A eso se refiere la norma? En el caso del hombre casado que mantiene un queridato (nótese que no hablo de concubinato, imposible para el hombre casado), en este caso del queridato pareciera que hay cohabitación. Pero en la relación accidental no la hay. Luego pareciera descartarse que ante tal situación, se den los supuestos de la norma".

[160] Véase al respecto: Domínguez Guillén, *El cálculo de la concepción...,* pp. 63-96. (Véase *infra* N° XIII).

[161] Véase: LATPNA3, Sent. 3-3-04, Exp. KP02-Z-2003-002009, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/marzo/645-3-KP02-Z-2003-002009-.html en virtud de que demuestra la cohabitación del padre y de la madre del adolescente..., presumiendo que su concepción fue originada de esta relación consecuente y estable. Se valoran de conformidad con lo establecido en los artículos 210, 1359 y 1360 del CC correlativamente con el 507 del CPC y 451 de la LOPNA; LATPNA3, Sent. 25-5-04, Exp. KP02-Z-2002-001155 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/mayo/645-25-KP02-Z-2002-001155-.html

[162] Véase: LATPNA1, Sent. 27-1-06, Exp. Nº 1SJ-3206-04 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/646-27-1SJ-3206-04-79-2006.html las declaraciones de las testigos ...se aprecian de conformidad con la norma del artículo 508 y 510 del Código de Procedimiento Civil, como prueba indiciaria de la relación que hubo entre los ciudadanos ...y como consecuencia de ella la procreación de la niña, pues, del análisis exhaustivo de la prueba testifical descrita anteriormente, se evidencia que las deposiciones de las testigos coinciden en tres hechos fundamentales, que los ciudadanos ...mantuvieron una relación íntima; CASCMBTPNA2, Sent. 18-12-06, Exp. 11766. http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/732-18-11766-.html. Estos testigos no fueron repreguntados, no incurrieron en contradicciones, sus declaraciones son claras, contestes y coinciden con las demás pruebas de autos ...por lo que se les concede valor probatorio y con las mismas queda evidenciado que el demandado mantuvo una relación amorosa con la demandante durante aproximadamente dos años, tiempo en el cual se comportaban como pareja y asistían juntos a eventos y reuniones sociales, y que desde que el demandado se enteró que la actora estaba embarazada, se alejó de ella y se ha negado a reconocer a las niñas.

Ahora bien, la propia norma bajo análisis excluye tal establecimiento filiatorio cuando "...la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período". Esta excepción,[163] referida únicamente a excluir la prueba de la cohabitación de los progenitores durante el tiempo de la concepción del hijo (y no la posesión de estado), pretende subdividir la disposición a su vez en dos supuestos o posibilidades: 1.- El haber tenido relaciones sexuales con otros hombres; 2.- o haber practicado la prostitución[164]. Aunque realmente desde el punto de vista sustancial el segundo se subsume en el primero[165]. Perera Planas señala que la prueba de la relación carnal no tiene porqué ser directa como en el caso del adulterio[166], pero a todo evento debe concluirse que la presente excepción debe ser acreditada fehacientemente al Juzgador.

Se exige así exclusividad sexual por parte de la madre en la relación de hecho sostenida con el pretendido progenitor. Algunos utilizan la

---

[163] Véase sobre la excepción: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 390; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 203; Bocaranda, *Análisis...,* p. 139; Perera Planas, *Análisis...,* p. 204; Viso, *Ob. Cit.,* pp. 511 y 512: García de Astorga, *Principales...*, pp. 66 y 67.

[164] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* p. 204). "Excepciones posibles. Vienen dadas en la misma norma. Que la madre haya mantenido relaciones sexuales, y ahora sí emplean el término, diferente al de cohabitación, con otros hombres, durante el período de la concepción. Esta sería la primera excepción que descarta la paternidad. La segunda alude a la práctica de la prostitución durante el mismo período. En el código anterior no se hablaba de prostitución, sino de mala conducta de la madre. Claro que aquella mala conducta venía referida al ejercicio de esa profesión pública que ahora se concreta. En ambos supuestos se descarta la paternidad simplemente porque, ante los hechos que configuran las excepciones anotadas, la mujer no puede tener la seguridad de quién sea el padre de la criatura. Sin embargo, si ese hijo goza de posesión de estado y concurren otras pruebas a señalar cuál sea esa paternidad, podrá intentar la demanda de filiación paterna".

[165] Esto pues es que obvio los casos indicados se resumen en un único supuesto; el haber tenido relaciones sexuales con otros hombres durante el lapso de la concepción, porque a fin de cuentas la excepción sanciona las relaciones sexuales externas bien sean gratuitas o remuneradas. Véase acertadamente referencia a otras relaciones sin mayor distinción: SUTPNA1, Sent. 26-7-06, Exp. TP1- 1260-04, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/1238-26-TP1-1260-04-.html ...o se demuestre la cohabitación de la madre y el padre durante la concepción, excepto cuando la madre ha tenido otras relaciones, de conformidad... (Destacado nuestro).

[166] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* pp. 203 y 204, "Prueba de la relación carnal. La jurisprudencia venezolana ha sostenido hasta ahora que uno de los elementos que deben señalarse, tendentes a demostrar la realización del contacto sexual, es el lugar o localidad donde ocurrieron, la oportunidad en que se mantuvieron. Ello por vías de mantener la igualdad procesal. Eso por una parte. Por la otra, no es necesaria la prueba de la materialidad de la relación sexual, lo que, como en el caso del adulterio, es poco menos que imposible. La doctrina judicial acepta que la demostración se refiere a hechos de los que presuntivamente deriva la existencia de una relación de tal tipo".

expresión "honestidad"[167], para denotar una suerte de buena reputación sexual de la progenitora, aunque es discutible que tal término se corresponda con el sentido real de la norma. De allí que López Herrera aluda a tales excepciones como *exceptio plurium concubentium o exceptio plurium constupatrorum* (a la primera) y excepción de mala conducta (a la segunda)[168].

Finalmente, cabe indicar que el supuesto en comentarios podría relacionarse con la norma del artículo 211 CC que establece 'Se presume, salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en CONCUBINATO NOTORIO para la fecha que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción'[169]. Si bien esta disposición del artículo 211[170] pareciera más exigente, pues se refiere a "concubinato notorio" se ha afirmado que ello no puede entenderse en un sentido estricto, pues la finalidad de la norma es simplemente facilitar el establecimiento de la filiación del hijo al tiempo de

[167] Véase D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 155, "En materia concubinaria, el Código actual, según el Art. 210, exige la 'Condición de Honestidad' en la madre del reclamante, que tal honestidad se dé en el lapso de la concepción del hijo, o sea, en los primeros ciento veintiún días de los trescientos que precedieron al nacimiento".
[168] López Herrera, *Derecho...,* T. II, pp. 446 y 447.
[169] Destacado nuestro.
[170] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 126. Finalmente, la Paternidad extramatrimonial puede quedar probada conforme a la PRESUNTIO FACTI del Art. 211 del mismo Código. Véase sobre este supuesto: DASCPMTBM (Corte de Apelaciones con competencia múltiple) Sent. 15-5-06, Exp. N° As. 397-2005 http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/1492-15-As.397-2005-.html. El ciudadano indica haber vivido en concubinato con la ciudadana..., antes, durante y posterior al momento en que nació el niño... queda demostrado que el hombre que vivía con la mujer en concubinato notorio para la fecha en que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción, asimismo, queda comprobada la filiación del niño ...con su padre, ciudadano..., dándose cumplimiento a las normativas establecidas en los Artículos 210, 211 y 234 del Código Civil.

nacimiento[171]. Esto aligera la carga de la prueba para el actor, porque la ley presume la cohabitación de los progenitores al tiempo de la concepción, en cuyo caso se podría llegar a la consecuencia de cohabitación, pero por vía de presunción, es decir, por vía indirecta. Se trata de una presunción *iuris tantum*, pues admite prueba en contrario. Todo ello a los fines de facilitar la prueba de la paternidad. El artículo 211 CC a decir de Ramos Sojo, se trata de un supuesto en el que el concubinato sirve para determinar la filiación paterna[172].

De tal suerte que así como indicamos respecto de la posesión de estado[173], de conformidad con la norma bajo estudio, una vez acreditada ésta o la cohabitación en los términos señalados, la consecuencia necesaria, es el establecimiento de la filiación[174].

Es de advertir que para desvirtuar la cohabitación que induce a la paternidad, el demandado debe acreditar las excepciones indicadas (relaciones sexuales externas), pero ello no será óbice para probar la filiación

[171] Véase en este sentido: Ramos Sojo, *Unidad...*, p. 139 y 140, consideramos que debe entenderse el concubinato que funda la presunción del art. 211 CC, en un sentido amplio y no en el restringido del concubinato simple, pues es en favor del hijo como debemos entender la norma; Ramos Sojo, *Situaciones...,* p. 395, tratándose de la determinación de la filiación del hijo no puede operar ese obstáculo cuando el hombre es casado, pues es el interés del hijo al que se atiende. Véase también: CSJ/Cas, Sent. 31-5-89, J.R.G., Tomo CVIII, p. 465-467, artículo 211, y nada justifica por tanto que en la interpretación de la expresión "concubinato notorio" que utiliza dicha norma se introduzcan elementos discriminatorios entre hijos nacidos de relaciones adulterinas... A la expresión "concubinato notorio" utilizada por el artículo 211 del Código Civil no puede atribuírsele, pues, otra connotación que la de convivencia de un hombre y una mujer que pueda ser socialmente apreciada; por la singularidad de la relación de pareja y su estabilidad en el tiempo.

[172] Véase: Ramos Sojo, *Unidad...*, p. 139.

[173] Véase *supra* N° IX.3.2.1

[174] Véase: CSJ/Cas, Sent. 2-8-89, J.R.G., T. CIX, p. 413. Se infringiría el artículo 210 del Código Civil, cuando por ejemplo, el Juez considerando demostrada la cohabitación del padre y la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, sin embargo no le otorgue la necesaria consecuencia jurídica: el establecimiento de la paternidad; sin considerar que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres o haya practicado la prostitución en el mismo período; o el artículo 211 del mismo Código, cuando demostrado el concubinato notorio, no le otorga la consecuencia jurídica de la cohabitación; pero no cuando los hechos cuya demostración implica el establecimiento de otros, de acuerdo con las presunciones allí consagradas se establezcan con pruebas irregularmente evacuadas o improcedentes para demostrarlos.

alegada por otros medios, según refiere la parte final del artículo 210 CC: "...pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda"[175]. Se vuelve así al principio general consagrado al comienzo de dicha disposición, a saber, la libertad probatoria en cuanto al establecimiento de la filiación forzosa.

Señala Grisanti que algo diferente ocurría durante la vigencia del Código del 42. En efecto, conforme al encabezamiento del artículo 220 de ese Código 'La acción de inquisición de la paternidad ilegítima no podrá declararse con lugar cuando la madre, durante el período de la concepción, ha tenido relaciones carnales con otro individuo o ha sido de mala conducta'[176].

[175] Véase sobre la excepción: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 390; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 203; Bocaranda, *Análisis...,* p. 139; Perera Planas, *Análisis...*, p. 204; Viso, *Ob. Cit.,* pp. 511 y 512. Véase también sobre el tema: Perera Planas, Nerio: *Pruebas de Paternidad.* Caracas, Ediciones Magón, 1986.
[176] Grisanti Aveledo, *Ob. Cit.,* p. 390.

Capítulo X

La posesión de estado

1. **Noción.**
2. **Naturaleza.**
3. **Elementos.**
4. **Importancia: 4.1** *En relación con el estado de hijo*: **4.1.1** Matrimonial. **4.1.2** Extramatrimonial. **4.2** *En relación con el estado de cónyuge*. **4.3** *En relación con el concubinato.*

5.- **Forma de hacerla valer.**

1. NOCIÓN

"Poseer" suele asociarse a "tener", esto es, a "aparentar", parecer el titular; pues no siempre quien posee es el titular del derecho de que se trate. Así, en materia de "*Bienes y Derechos Reales*" el interesante tema de la "posesión" incluye tanto la situación del propietario quien posee para sí, como la del simple detentador quien posee en nombre de otro.

Pues bien, trasladando tales nociones generales al ámbito del estado familiar, la doctrina suele estudiar el tema de la "posesión de estado"[1]. Esta

---

[1] Véase sobre el tema: Ramos Sojo, *Situaciones de Hecho...,* pp. 335-415; Nikken B., *Ob. Cit.,* pp. 645-701.

alude a la apariencia de ser titular de un estado civil familiar determinado, y por ende, comportarse acorde con su correspondiente contenido, esto es, disfrutar los deberes y derechos de dicho status. De tal suerte, que la idea de "posesión" que tuvo su origen en el ámbito del Derecho Civil patrimonial (Derecho Civil II) se traslada *mutatis mutandi*[2], al área del Derecho de la Persona, para servir eventualmente como prueba subsidiaria de un estado familiar[3]. El estado de las personas es susceptible de posesión, tomando esta palabra en su sentido habitual[4].

Ciertamente, la posesión en materia de Bienes y Derechos Reales presenta diferencias con la posesión de estado que se estudia en el ámbito del Derecho Civil extrapatrimonial[5], pero indudablemente ambas están inspiradas en la básica idea de la apariencia, que en algunos casos y a título excepcional el ordenamiento le concede efectos jurídicos[6].

---

[2] Cambiando lo que pueda cambiarse.

[3] Véase: Abelenda, César Augusto: *Derecho Civil. Parte General.* Buenos Aires, edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 1980, Tomo I, pp. 419 y 420, la posesión de estado es una institución propia del derecho de familia, noción que se obtuvo de cierta analogía con la posesión de las cosas, instituto jurídico que se identifica con el "dominio de hecho", según la expresión de Ihering, esto es, con el ejercicio de las prerrogativas que correspondan al propietario de una cosa con abstracción de la existencia o inexistencia del título de propiedad sobre ella. Así se dice en doctrina que del mismo modo que hay posesión de una cosa cuando una persona, tenga o no a título de dominio, se comporta respecto de ella como propietario, usando, gozando o disponiendo de dicha cosa; en el orden familiar existe posesión de estado cuando una persona se comporta como titular de un determinado estado civil, exista o no título legítimo, esto es, el hecho jurídico o supuesto normativo del derecho de un estado civil que se traduce en la prerrogativa de ocupar una determinada ubicación en las categorías jurídicas familiares. Véase en el mismo sentido: Llambías, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil Parte General.* Buenos Aires, edit. Perrot, 17ª edic., 1997, T.I, pp. 321 y 322, la noción ha sido obtenida por analogía de la posesión de las cosas pues existe posesión cuando alguien se comporta como dueño.

[4] Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 74.

[5] Y así por ejemplo, el estado civil es imprescriptible y por ende no puede adquirirse por prescripción adquisitiva o usucapión ni puede perderse por prescripción extintiva. Véase en este sentido: Domínguez Guillén, *El Estado Civil...,* pp. 389 y 390. Véase también: Ducci Claro, Carlos: *Derecho Civil. Parte General.* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic., 1988, p. 124, no puede el estado adquirirse por prescripción, pues la posesión sirve no para adquirir el estado sino para probarlo.

[6] Véase reseñando que la "posesión de estado" no tuvo desarrollo sustancial en la época del Derecho Romano (Derecho Clásico) y que las expresiones tenían un valor simplemente metafórico, aunque en la compilación justiniana en cuanto era usucapible, el estado de hombre libre podía ser poseído: Nikken, Pedro: *Objeto y ámbito de la posesión en el Derecho Romano.* En: Estudios de Derecho Privado. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp. 527 y 528, pp. 533 y 534. El artículo 321 del Código Civil francés de 1804 y el artículo 172 del Código Civil italiano de 1865 consagraban la posesión de estado con referencia a sus elementos (nombre, trato y fama).

Esa posesión o "apariencia", según veremos, constituye una situación excepcional y subsidiaria a la que se acude a falta de la prueba por excelencia del correspondiente estado civil. Como dicha posesión o apariencia constituye una situación fáctica o de hecho, el interesado deberá hacerla valer a través del órgano judicial a los fines de elevarla a una situación de derecho.

Las personas suelen comportarse en función de una realidad que se traduce en hechos, aunque la misma no conste a través del correspondiente acto jurídico; es así como el Derecho le otorga valor a la conducta que se exterioriza en manifestación de un particular estado civil. En consecuencia, existe posesión de un estado civil familiar cuando alguien se comporta como titular de dicho "estado". Ese comportamiento hace presumir al orden jurídico la correspondencia con el estado civil familiar de que se trate. Comenta Lete que "poseer un estado es tener una situación que así lo aparenta"[7]. La posesión de un estado es la exteriorización de éste[8]. Si alguien se desenvuelve y se presenta como padre o cónyuge, ha de presumirse –al menos a falta de la prueba por excelencia– que dicha apariencia o situación coincide con la verdad de su estado[9]. Se presume y admite que la apariencia concuerda normalmente con la realidad[10]. Nuestro Derecho considera que quienes tienen manifestaciones de cariño, afecto, sostenimiento y educación características de padre-hijo es porque en verdad lo son[11]. Existirá un conjunto de hechos que denotan tal posesión[12].

Es así como la posesión de estado ha sido tradicionalmente definida como la apariencia de ser titular de un estado civil determinado, y por

[7] Lete del Río, José: *Derecho de la Persona.* Madrid, edit. Tecnos, 3ª edic., 1996, p. 39.
[8] Parra Benítez, *Ob. Cit.,* p. 124.
[9] Véase: CSJ/Cas., Sent. 2-6-98, *Jurisprudencia* Oscar Piere Tapia (OPT), junio 98, p. 154.
[10] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 39.
[11] Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 62.
[12] Véase: Torres-Rivero, *Derecho de Familia...,* 1967, Tomo II, pp. 41 y 42, "la posesión de estado está configurada por un conjunto de hechos tendentes a demostrar el estado poseído, aparentado, 'a los ojos de público'".

ende, de disfrutar los deberes y derechos inherentes al mismo[13]. Planiol y Ripert señalan que poseer un estado, es gozar de hecho del título y ventajas inherentes a él, así como suportar sus cargas[14]. La posesión de estado supone disfrutar el "*contenido*" de tal estado, a saber, sus deberes y derechos[15]. De allí que para Carrasco Perera se puede definir la posesión de estado como el ejercicio de forma cierta, manifiesta y pública del contenido de un estado civil[16]. Igualmente indica Lete que la posesión de estado es el ejercicio de hecho, de manera cierta y pública de las facultades, derechos y obligaciones de dicho estado[17]. Para Llambías, hay posesión de estado cuando alguien disfruta de determinado estado de familia, con independencia del título sobre el mismo estado[18]. Naranjo Ochoa señala que equivale a la situación aparente que una persona tiene en relación a un estado[19].

Ciertamente, tales definiciones están dirigidas al concepto restringidísimo de "estado civil", esto es, al estado familiar. Pues cuando el Código

[13] Véase sobre el concepto de posesión de estado: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 83; Contreras Briceño, Gustavo: *Manual de Derecho Civil I Personas.* Valencia, Vadell Hermanos Editores, 5ª edic., 1987, pp. 125 y 126; La Roche, *Ob. Cit.,* p. 77; Graterón Garrido, Mary Sol: *Derecho Civil I.* Personas. Caracas, Fondo Editorial USM, 2000, pp. 131-133: Zerpa, Levis Ignacio: *Derecho Civil I Personas. Guía y materiales para su estudio por libre Escolaridad.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1987, pp. 41-46; Ochoa Gómez, Oscar E.: *Ob. Cit.*, p. 287; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 344; Bocaranda, *Análisis...,* p. 147; D'Jesús M., *Ob. Cit.,* p. 127; López Herrera, *Anotaciones...,* p. 677, señala que tiene lugar cuando una persona goza del título y de los derechos inherentes a él y, al propio tiempo, soporta los deberes que del mismo derivan; Viso, *Ob. Cit.,* p. 502, se entiende por posesión de estado una serie de circunstancias por medio de las cuales puede establecerse la filiación en base a presunciones; Ramos Sojo, *Situaciones de hecho...,* p. 372, señala que "... la posesión de estado familiar consiste en gozar del título y de los derechos inherentes a ese estado y, al propio tiempo, soportar los deberes relativos al mismo".

[14] Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 74.

[15] Véanse nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *El Estado Civil...,* pp. 383-385. Así por ejemplo, al contenido del estado de casado se refiere el artículo 137 del CC.

[16] Carrasco Perera, Ángel: *Derecho Civil***.** Madrid, edit. Tecnos S.A., 1996, p. 193, En el mismo sentido: Diez-Picazo y Gullón: *Sistema...,* 1997, Vol. I, p. 226, es el ejercicio en forma manifiesta del contenido de dicho estado. Véase en sentido semejante: Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos y otros: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado Derecho de la Persona.* Madrid, edit. Colex, 2ª edic., 2001, Vol. I, p. 387, ejercicio de las facultades y obligaciones propias del estado de que se trate.

[17] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 39.

[18] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 321.

[19] Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 163.

Civil venezolano hace alusión a la posesión de estado, se refiere al estado familiar[20]. La teoría de la posesión de estado, no aplica –en nuestro Derecho– a otros estados civiles tales como la nacionalidad, la edad o el sexo. Autores como Diez-Picazo y Gullón refieren que es difícil dar un concepto que abarque todas las situaciones de la posesión de estado por su misma heterogeneidad, pues aluden a la posesión de estado de nacional, de vecindad, de cónyuge, de hijo matrimonial[21]. Sin embargo, esa –según indicamos– no es la concepción que asume el Legislador patrio en torno a la posesión de estado. Como acertadamente indica Aguilar Gorrondona, si bien todos los estados son susceptibles de posesión, la "única posesión de estado que produce consecuencias jurídicas importantes es la posesión de los *estados familiares*"[22]. En el mismo sentido respecto del Derecho colombiano indica Durán Acuña que "de los pocos estados civiles que pueden poseerse para ser fijados, es el de hijo, padre o madre"[23].

En nuestro Código Civil la posesión de estado se contempla en el artículo 214 y se evidencia según la norma por la existencia de hechos o elementos que indican las relaciones de filiación y parentesco que une a un individuo con las personas que se señalan como sus progenitores y la familia a la cual él dice pertenecer[24].

---

[20] Véase: Domínguez Guillén, *El Estado Civil...,* p. 370.
[21] Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 226.
[22] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 84.
[23] Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 62.
[24] TSJ/CSC, Sent. RC N° 01152 del 30-9-04, p. 49. En: www.tsj.gov.ve Véase en el mismo sentido: CSJ/Cas, Sent. 24-2-94, J.R.G., T. 129, p. 497. Véase igualmente; Barbero, *Ob. Cit.,* p. 121, siguiendo el artículo 237 del CC italiano, indica que la posesión de estado es una situación de hecho resultante de una serie de circunstancias que, en su conjunto, valen para demostrar las relaciones de filiación y de parentesco entre una determinada persona y la familia a la cual ella pertenece.

2. NATURALEZA

La posesión de estado tiene carácter *supletorio o subsidiario*[25] en relación con el estado civil familiar, toda vez que la prueba principal o por excelencia es la correspondiente partida o acta del estado civil.

Así pues, cuando necesitamos probar nuestro estado civil, acudimos a una prueba preexistente y preconstituida con carácter de autenticidad: la correspondiente partida inscrita ante el Registro del Estado Civil[26]. A falta de dicho instrumento primario y fundamental es que el orden jurídico ha previsto la posibilidad de hacer valer "la posesión de estado" a los fines de la prueba supletoria de cierto estado civil familiar[27]. Diez-Picazo y Gullón califican la posesión de estado como un título o prueba subsidiaria que opera a falta de inscripción registral[28]. Tiene así la posesión

[25] Véase: La Roche, *Ob. Cit.,* p. 273, la posesión de estado puede estudiarse como formando parte de los medios de prueba de la filiación o como sustituto de un título legítimo de estado; Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 126, se señala a la posesión de estado como una prueba "supletoria" de la principal; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 136, la posesión de estado es una prueba supletoria pues sólo se recurre a ésta en caso de que falte la prueba principal; Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 193, aparece la posesión de estado como un medio supletorio y subsidiario de prueba; Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 39, la posesión de estado suple el título normal, pues la inscripción es prueba fehaciente pero no exclusiva; Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 63.

[26] Véase artículos 445, 457 y 1.359 CC.

[27] Véase: López Herrera, *Anotaciones...,* p. 678, refiere que la posesión de estado, supone una prueba de tipo presuntivo: poseer un bien o poseer un derecho, es simplemente comportarse como si se fuese titular de ellos; se trata de la situación aparente que por lo general corresponde a la realidad jurídica, sin que necesariamente ello tenga que ser siempre así, toda vez que puede haber fraude o usurpación en la posesión. Es evidente, por lo tanto, que la parte contra quien se hace la prueba por medio de la posesión de estado, puede tratar de desvirtuarla utilizando al efecto cualesquiera medios probatorios. Lo dicho basta para concluir que la posesión de estado no puede tener la misma categoría de la partida de nacimiento, que es un documento público. Tampoco es posible oponer *erga omnes* dicha posesión, precisamente por la misma razón: su radio, en ese sentido, es bastante más limitado que el de la partida de nacimiento, ya que únicamente es oponible a las personas de quienes emana... Véase en el mismo sentido: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 345.

[28] Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* Vol. I, p. 66. Véase igualmente: O'Callaghan, *Ob. Cit.,* p. 272, la prueba del estado civil se halla en las inscripciones del Registro Civil, pero a falta de tal prueba se puede acudir a otros medios de prueba, siendo el más típico la posesión de estado, que significa reconocer un determinado estado civil a quien de forma habitual, notoria y pública lo viene detentando, presumiéndose así que la realidad concuerda con la apariencia. En el mismo sentido, véase: Albaladejo, *Ob. Cit.,* Vol I, pp. 235 y 236, en defecto de la inscripción registral se acude a la posesión de estado como título de legitimación, porque presumiéndose que la realidad concuerda con la apariencia, se estima que verdaderamente la persona tiene el estado que aparenta (posee como si fuera suyo).

de estado un sentido eminentemente subsidiario, cuya alegación y prueba precisa necesariamente de la intervención jurisdiccional, esto es, de la participación judicial[29]. Refiere Lacruz que la posesión es una prueba impresentable en el tráfico y sólo apta para hacerse valer en un expediente o litigio[30]. Ramos Sojo –en el mismo sentido comenta– que la posesión de estado no tiene valor en sí misma sino a través del control judicial inducido por la ley, porque es sustitutiva del título de estado. La posesión de estado se hará valer en un proceso donde se obtendrá una sentencia que será un título inscribible[31]. Y el autor le concede la característica de constituir una suerte de *presunción*[32]. Presunción que será *iuris tantum*[33], esto es, admite prueba en contrario, pues recordemos que se trata de una mera apariencia.

De allí que indica Bonnecase que "la posesión de estado es un estado de hecho, que en muchos casos es contrario al derecho estricto, pero que, a pesar de esto, es tomado en consideración por el Derecho, el cual lo eleva a la categoría de hecho jurídico, haciéndolo producir al mismo

[29] Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *El Estado Civil...,* pp. 398-402.
[30] Lacruz Berdejo y otros: *Elementos de Derecho Civil I...,* Vol. II, p. 37.
[31] Véase: Ramos Sojo, *Situaciones de hecho...*, p. 376. Agrega el autor: "Debemos observar que la posesión de estado, contrario a lo que acontece con el acta de nacimiento, no puede operar por sí misma, ni para determinar, ni para probar la filiación. Esto lo deducimos de su propia estructura: la posesión de estado consiste en hechos, circunstancias que necesitan ellos mismos ser probados o acreditados. En otras palabras, la serie o reunión de hechos alegados, servirán de base para determinar la filiación, pero en sí mismos no podrían acceder al Registro Civil porque necesitan previamente constituirse en título inscribible y ello sólo será posible cuando sean declarados tales en una sentencia". (*Ibíd*., pp. 377 y 378).
[32] Véase: *Ibíd*., pp. 375 y 376, Confirma el anterior razonamiento lo dispuesto en el artículo 505 del mismo Código, referido a los casos en los que la posesión de estado puede suplir el acta de nacimiento que falta por pérdida, destrucción u otra circunstancia de los Registros (Art. 458 *eiusdem*). Pues bien, el citado artículo 505 exige que los hechos alegados sean suficientes para 'demostrar una indubitable posesión de estado'. La expresión indubitable está dirigida al juez porque señala el proceso cognoscitivo, la adherencia intelectual a la verdad, aparte de que le impone que debe descartar toda duda razonable. Ambas expresiones 'hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación' empleada en el artículo 214, así como la calificación de 'indubitable posesión de estado' del artículo 505, nos indican que además de presunción legal, la posesión de estado participa de características que la hacen presunción judicial. Y, por lo tanto, está sometida a las admoniciones con que la ley previene la actividad del juez: no puede extraer presunciones sino cuando resulten 'graves, precisas y concordantes', tal como está establecido en el artículo 1.399 del Código Civil para las presunciones *hominis vel iudicis*".
[33] Véase: Diez-Picazo y Gullón, *Sistema...,* p. 227; Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 193; Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 163.

tiempo, efectos jurídicos"[34]. Recordemos que el hecho jurídico es un hecho o acontecimiento natural al que la ley le concede efectos jurídicos[35]. El efecto jurídico que le otorga la Ley a la posesión de estado es eminentemente probatorio.

En materia de matrimonio y filiación, a falta del acta del Registro del Estado Civil correspondiente, tiene especial valor a efectos de prueba subsidiaria la llamada posesión de estado[36]; apariencia de una filiación o matrimonio aceptada como real[37]. De manera pues, que podemos concluir que los estados familiares se prueban con la correspondiente acta del estado civil y, en defecto de la misma, podrá acudirse a la prueba supletoria, donde jugará un papel fundamental la respectiva posesión de estado[38]. De allí que acertadamente indica Lacruz que "no se trata, desde luego, de adquirir un status por la posesión, sino de demostrar uno existente realmente, pero del cual han desaparecido las pruebas documentales o no pueden hallarse"[39].

Agrega Abelenda respecto de la importancia y naturaleza de la figura en estudio: "La posesión de estado es así, por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos: es la evidencia misma; es la prueba misma viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la *prueba en carne y hueso*, como decía una corte francesa"[40]. Frase que ha sido adoptada igualmente por la jurisprudencia al indicar que "la posesión de estado no es una solemnidad que pueda resumirse en un conjunto necesario de elementos. Es la vida misma, es la prueba de todos los días, o como se recuerda en la nota de Vélez Sársfield '*la prueba de carne y hueso*'.

---

[34] Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 142.
[35] Véase: Domínguez Guillén, *El Estado Civil...,* pp. 393 y 394.
[36] Véase *infra* Nos 4 y 5 de este Capítulo.
[37] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* Vol. II, pp. 36 y 37.
[38] Domínguez Guillén, *El Estado Civil...,* p. 400. Véase: Domínici, *Ob. Cit.,* Tomo I, p. 300, "la prueba de la posesión de estado vale, mientras no se presente una partida de nacimiento contraria a ella". Véase también: Rotondi, *Ob. Cit.,* p. 573, así por ejemplo según el artículo 237 del CC italiano, a falta de acta de nacimiento, la filiación legítima (extramatrimonial en la terminología venezolana vigente) se prueba con la posesión de estado.
[39] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* Vol. II, p. 37. En el mismo sentido, véase: Moreno Quesada y otros, *Ob. Cit.,* p. 89.
[40] Abelenda, *Ob. Cit.,* p. 423. Destacado nuestro. Véase en el mismo sentido: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 344.

Si el padre trató en la vida a su hijo como tal, aunque no le haya dado su nombre, los jueces pueden, porque ninguna ley se lo prohíbe, declarar esa paternidad”[41].

3. ELEMENTOS

Los elementos de la posesión de estado se refieren a aquellas circunstancias que la componen, esto es, los aspectos fácticos que tienden a configurarla. Se trata entonces de tomar en cuenta las circunstancias o hechos que permiten concluir que una persona se comporta como titular de un estado civil determinado.

La doctrina ha hecho así referencia a tres elementos que, entre otros, y sin ser concurrentes permiten presumir la posesión de un determinado estado civil familiar[42]: el nombre, el trato y la fama *(nomem, tractatus et fama)*[43]. Tales elementos son considerados por el artículo 214 del Código Civil, que prevé:

> La posesión de estado del hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación y parentesco de un individuo con las personas que se señalan como sus progenitores y la familia a la que dice pertenecer.
>
> Los principales de estos hechos son:
>
> – Que la persona haya usado el apellido de quien pretende tener por padre o madre.

[41] CSJ/Cas., Sent. 2-6-98, O.P.T., junio 98, p. 154. Destacado nuestro.
[42] Véase comentario de Durán Acuña, *Ob. Cit.,* p. 62, la posesión de estado como cualquier posesión se configura por la intención de ser hijo o padre, la cual deberá expresarse mediante actos materiales (trato) cuya percepción y trascendencia social (fama) permitan cierta prolongación en el tiempo (duración).
[43] Véase en torno a los elementos: Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 74; Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 143; Llambías, *Ob. Cit.,* pp. 322 y 323; Parra Benítez, *Ob. Cit.,* pp. 124-126; Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 39; Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* pp. 192 y 193; Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* pp. 84-89; Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 128; La Roche, *Ob. Cit.,* pp. 274 y 275; Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* pp. 75 y 76; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* pp. 134-136; Zerpa, *Ob. Cit.,* pp. 41 y 42; López Herrera, *Anotaciones...,* p. 677; Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 244 y 245; Bocaranda, *Análisis...,* pp. 148 y 149; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 127; Viso, *Ob. Cit.,* p. 503; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 200; Perera Planas, *Análisis...,* p. 213.

– Que éstos le hayan dispensado el trato de hijo, y él, a su vez, los haya tratado como padre y madre.

– Que haya sido reconocido como hijo de tales personas por la familia o la sociedad.

Dicha norma en su redacción actual se introduce en la Reforma del Código Civil de 1982, aunque ya se encontraba con referencia a la filiación legítima (actualmente matrimonial) en el artículo 206 del CC de 1942[44], y se apreciaba también en el artículo 222 del CC de 1922 y de 1916[45]. Tal norma, aun cuando se refiere a la filiación o parentesco, resulta plenamente aplicable a la posesión de estado de cónyuge.

Actualmente no se exige la continuidad como aspecto necesario de tales elementos, por lo que serían aceptables los períodos de intermiten-

[44] Cuyo texto era: "La filiación legítima se prueba con el acta de nacimiento inscrita en los registros del estado civil y, en su defecto, por la posesión continua del estado de hijo legítimo. La posesión de estado resulta de una serie de hechos que, en conjunto, concurran a demostrar las relaciones de filiación de parentesco entre un individuo y la familia a la cual él pretende pertenecer.
Los principales de esos hechos son:
Que el individuo haya usado siempre el apellido de la persona que él pretende tener por padre.
Que el padre lo haya tratado como su hijo y haya proveído en tal calidad a su mantenimiento, educación y colocación.
Que haya sido reconocido en tal calidad por la familia".
Que haya sido constantemente reconocido como tal en la sociedad". Messineo refiere en la prueba de la filiación legítima el artículo 237 del CC italiano (Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, T. I, Trad. Santiago Sentís Melendo, p. 157). Dicha norma es sustancialmente semejante al citado artículo 206 de nuestro CC de 1942 pero en lugar de señalar "los principales de estos hechos son" indica "en todo caso deben concurrir los siguientes hechos" (véase: *Ídem*). De allí que Barbero reseñara que respecto a la filiación legítima tales circunstancias debían concurrir, de manera que las otras no bastan (Barbero, *Ob. Cit.,* p. 121).

[45] En los códigos civiles anteriores se observaba una norma equivalente aunque redactada en términos diferentes. Véase: CC 1904, arts. 203 y 203; CC 1896, arts. 197 y 198; C.C. 1880, Arts. 200 y 201; CC 1873, arts. 195 y 196; C.C. 1867, Arts. 123 y 124; C.C. 1862, Libro Primero, Título X, Lei Unica, arts., 6, 8, 9, y 10.

cias[46]. Para López del Carril, basta con que se demuestre su existencia en una época de vida del presunto padre[47]. Y en el parecer del autor los hechos constitutivos de la posesión de estado no pueden ser desconocidos por el propio progenitor en el sentido de que comporten revocabilidad, porque lo contrario se estaría exigiendo continuidad y permanencia en dicha posesión[48]. La doctrina argentina señala que la idea de la continuidad propugnada por Demolombe tiene su origen en la analogía con la posesión de las cosas que precisa una posesión continua o no interrumpida, pública y pacífica[49], términos que acoge el artículo 772 del Código Civil venezolano[50]. Pero a ello se le ha observado que la posesión del estado civil es fundamentalmente distinta a la de las cosas[51].

Los elementos *nomem, tractatus y fama*, se traducen como su denominación lo indica, en que la persona que hace valer la posesión pueda probar algunos de éstos respecto del sujeto cuya posesión de estado pretende. Esto es que por ejemplo, haya usado el apellido en cuestión (nombre), que se haya propiciado recíprocamente el trato de hijo o de cónyuge (trato) y que sea reconocido como tal por los terceros (fama).

---

[46] Véase Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 88, indica que "se llegó a discutir incluso si el requisito de la continuidad de los elementos de la posesión de estado implicaba que los mismos fueran ininterrumpidos como lo exigía la anterior jurisprudencia francesa; pero nuestra Corte Federal consideró suficiente que no hubieran habido intermitencias o que en caso de haberlas no se hubieran prolongado en el tiempo hasta el punto de hacer desaparecer toda relación o trato. De acuerdo con la reforma, ya no puede decirse que la continuidad sea un requisito legal de la posesión de estado ni de sus elementos, puesto que no se habla de posesión continua de estado ni exige haber usado 'siempre' el apellido de que se trate ni tampoco que la sociedad haya reconocido 'constantemente' el vínculo invocado. Queda pues a la soberana apreciación de los jueces del mérito apreciar si, a falta de continuidad, los hechos demostrados en cada caso concreto representan 'la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente' las relaciones a las que se refiere la ley, aunque, desde luego, es indudable que en sana lógica son más significativos los hechos continuos que los hechos discontinuos". Véase también: García de Astorga, *Principales...,* pp. 67 y 68, se eliminan las expresiones gramaticales 'siempre' y ' constantemente', en orden al elemento nomen y a la fama o reputación.

[47] López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 176.

[48] *Ibíd*., p. 177.

[49] Véase: Llambías, *Ob. Cit.,* p. 322; Abelenda, *Ob. Cit.,* p. 421.

[50] Que indica: "la posesión es legítima cuando es continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con intención de tener la cosa como suya propia".

[51] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 322.

De lo anterior se colige que ciertamente los indicados elementos **no** son concurrentes[52], esto es, no deben presentarse simultáneamente los tres y, por otro lado, no son los únicos aunque sí los principales, por cuanto la enumeración es netamente enunciativa o ejemplificativa[53], siendo el más importante de ellos el *trato*, toda vez que la fama es una proyección de éste ante los terceros. Pues se indica que bien pudieran existir en el caso concreto otras circunstancias distintas al nombre, al trato y la fama, que el Juez pudiera apreciar en el supuesto particular.

El nombre, o más precisamente la utilización del *apellido* o nombre patronímico, generalmente no es un elemento determinante toda vez que por la naturaleza del estado civil de que se trate en ocasiones será incompatible con el status[54] y en otros no será exigible[55]. De manera que el "nombre patronímico" o apellido es un elemento exigible sólo en la filiación matrimonial y que pudiera eventualmente considerarse respecto del matrimonio, debido al carácter netamente facultativo que tiene la utilización del apellido del marido para la mujer casada. La norma vigente a diferencia del CC de 1942, no utiliza la palabra "siempre" respecto a la utilización del apellido.

El *trato o tractatus,* como indicamos constituye el elemento fundamental de la posesión de estado[56] y se traduce en comportarse recíproca-

[52] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 232 de 19-9-01, O.P.T., T. 9, Septiembre 2001, pp. 445 y 446. Véase también en: J.R.G., T. 180, pp. 685 y 686 y en: www.tsj.gov.ve

[53] Y en consecuencia, no taxativa.

[54] Como es el caso del hijo "extramatrimonial". Véase: Bocaranda, *Análisis...,* pp. 148 y 149, El nomen es exigible a los efectos de la filiación matrimonial, no de la extramatrimonial. En la práctica sería difícil y problemático para el hijo extramatrimonial hacer uso del apellido del pretendido padre, habida cuenta de que la voluntad recognoscente de éste no se ha manifestado ni plasmado documentalmente. Véase en sentido semejante: Perera Planas, *Ob. Cit.,* pp. 213 y 214. Véase también, sentencia citada: TSJ/SCS, Sent. N° 232 de 19-9-01, O.P.T., T. 9, Septiembre 2001, pp. 445 y 446. Véase también en: J.R.G., T. 180, pp. 685 y 686 y en: www.tsj.gov.ve

[55] Tal es el supuesto de la mujer casada, pues para ésta el uso del apellido del marido es potestativo, de conformidad con el artículo 137 del Código Civil.

[56] Véase: López Herrera, Francisco: *Anotaciones sobre filiación legítima*. En: *Revista de la Facultad de Derecho N° 8,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1956, pp. 58 y 59, "el trato es, sin lugar a dudas, el principal de todos los elementos de la posesión de un estado familiar, sea éste cual fuere; por regla general resulta casi imposible aparecer como titular del estado, si no es reconocido así, de hecho, por la persona o personas con quien se tiene o se pretende tener el vínculo de familia". Véase en el mismo sentido: Llambías, *Ob. Cit.,* p. 323, el elemento "tractatus" es el que se ha venido a considerarse fundamental y revelador del disfrute de determinado estado.

mente a través de hechos como titular del estado de que se trate. Así por ejemplo, en el estado de padre-hijo, el trato no puede en modo alguno confundirse con la amistad, el altruismo o la caridad[57] sino que debe apreciarse un conjunto de hechos, comportamientos o situaciones características de tal relación[58]. Un trato afectuoso no necesariamente supone una relación paterno filial por lo que debe llevarse al ánimo del Juez hechos que ciertamente denoten la posesión de estado[59]. Se dice que no basta un mero trato de palabra sino que ha de verse representa-

[57] Véase: López Herrera: *Anotaciones sobre filiación...,* pp. 58 y 59; "Pero para que exista el elemento tractatus no basta que el titular verdadero o aparente de un estado de familia haya recibido un trato cualquiera por parte de la persona o personas con quienes tiene o pretende tener la relación familiar: el tratamiento debe ser de obras y no de simples palabras y tiene que haberse dado al titular verdadero o aparente del estado familiar en forma acorde con dicho estado y no por otras razones. ... El hijo ... no tiene posesión de estado de tal, por el hecho de que su pretendido padre lo llame 'hijo mío'; es necesario que ese pretendido padre haya proveído a su mantenimiento, educación y colocación, precisamente en su calidad de padre y no por motivos diferentes, como serían: un vínculo distinto de parentesco, o simple amistad, o altruismo, o móviles caritativos, etc.": Torres-Rivero, *Derecho de Familia...,* 1967, p. 43, nota 59, el trato o tratamiento, de palabra y en hechos, a títulos de padres –y no de otro parentesco, ni de allegado, ni de amigo, ni de colaborador, ni de algo parecido– por aquellos que pretenden como tales...".

[58] Por ejemplo, la manutención o auxilio económico característica, la orientación y vigilancia en la educación moral o religiosa, la circunstancia de denominarse y presentarse como tal, etc. Se discute si el auxilio económico debe ser regular o periódico, a lo que habría que considerar el caso concreto; dependerá de las circunstancias, pues pudiera tener lugar un pago único que sea de tal magnitud que suponga un soporte económico con miras a largo plazo. Ahora en tal caso ese único y significativo aporte deberá estar unido a otros hechos adicionales al económico. Entre los citados hechos que suponen trato, véase: López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 177 y 178, entre los cuales cita que el presunto padre pasara alimentos al menor, pagara el alquiler, vestimenta, asistencia médica, parto de la madre, educación, le diera oficio, dispensara amparo y protección, dirigiera cartas, tarjetas y retratos, lo presentara como su hijo, exhibiera su fotografía manifestando ser su hijo, etc.

[59] Véase: AMCSFM1, Sent. 22-4-96, J.R.G., T. 138, p. 85, los elementos indicadores de la posesión de estado señalados en el artículo 214 del Código Civil son entre otros los conocidos en doctrina como nombre, trato y fama, que si bien no es absolutamente necesario que estén todos demostrados en juicio para que se constituya la posesión de estado, al menos dos de ellos u otros que conjugados lleven al ánimo del Juez que se está en presencia de una posesión de estado de hijo. De las pruebas aportadas en juicio y apreciadas en este fallo, la parte actora demostró que durante una época de su existencia el ciudadano... le prodigó un trato afectuoso en unión de su madre, sin embargo no fue demostrado que ese trato se correspondía con el de un padre hacia su hijo y a la inversa que el ciudadano... lo trataba como su padre, es decir, la reciprocidad en el afecto como lo exige el legislador, ya que las relaciones paterno-filiales son a doble vía. No fue demostrado en el juicio ningún otro elemento o individuo que configura posesión de estado, por lo tanto se establece que no fue probada la posesión de estado de hijo del ciudadano...

do en hechos[60]. El *tractatus* supone el mantenimiento, la educación y la colocación[61]. La reforma del CC de 1982 introduce la "*reciprocidad*" como nota necesaria del citado elemento[62]. El trato, ciertamente, es el más importante de los elementos reseñados, y al efecto indica acertadamente López del Carril que basta con el trato, aun cuando no hubiera exteriorización ni uso del apellido[63].

Finalmente, otro elemento de la posesión de estado es la *fama*, esto es, el conocimiento que tengan los demás del trato. La norma alude a la "*familia o la sociedad*", pero ciertamente la referencia a la familia en la filiación extramatrimonial no podría entenderse como aquella del presunto progenitor, pues la acción se ejerce a falta de reconocimiento de dicha parte[64]. De tal suerte que, la fama supone que los amigos

[60] Véase: López Herrera, *Anotaciones sobre filiación...,* pp. 58 y 59; Bocaranda, *Análisis...,* p. 149, "El tractatus consiste en el trato fáctico de padre o de cónyuge, según el caso. Resulta insuficiente el trato meramente verbal: se requieren hechos. En este sentido, son hechos configurativos del tractatus, contribuir al sostenimiento, alimentación, vestido y educación del presunto hijo y realizar en cuanto a él aquellos hechos de sustentación que normalmente cumplen los padres para con sus hijos. Aquí es fundamental el *animus paternitatis* o *maternitatis*, como en relación con la posesión de estado matrimonial lo es el *animus coniugalis*".

[61] Barbero, *Ob. Cit.,* p. 122.

[62] En efecto, el artículo 206 del CC de 1942 indicaba: "Que el padre lo haya tratado como su hijo y haya proveído en tal calidad a su mantenimiento, educación y colocación". Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 86, la reforma requiere –al menos literalmente– que al trato del pretendido progenitor hacia quien se dice hijo corresponda a su vez –recíprocamente– el trato de éste hacia aquél, lo que no exigía el Derecho derogado. Véase también: García de Astorga, *Principales...,* pp. 67 y 68, "en relación al tractatus se exige reciprocidad en el tratamiento de hijo". Véase también la citada sentencia: AMCSFM1, Sent. 22-4-96, J.R.G., T. 138, p. 85, que exige la reciprocidad en el afecto como lo exige el legislador, ya que "las relaciones paterno-filiales son a doble vía".

[63] López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 176.

[64] Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 232 de 19-9-01, O.P.T., T. 9, Septiembre 2001, pp. 445 y 446. Véase también en: J.R.G., T. 180, pp. 685 y 686, también en: www.tsj.gov.ve. Lo transcrito por el formalizante, que es la conclusión del juez a la cual llega luego del examen probatorio, implica que considera establecidos los dos últimos elementos principales para confrontar la posesión de estado, es decir, el trato recíproco de padre e hijos y el reconocimiento por la sociedad de este trato, y no por la familia paterna, pues es evidente que precisamente por no ser aceptados como hermanos de los demandados, se siguió el proceso...

o miembros del entorno social conozcan el estado civil familiar que se detenta[65]. Comenta Aguilar que la 'sociedad' a la que se refiere la norma supone el conjunto de personas vinculadas a la vida cotidiana de los pretendidos padres e hijos (amigos habituales, compañeros de estudio o de trabajo, etc.)[66]. La fama es la proyección del trato ante los terceros[67], constituyendo para algunos el "fundamento colectivo" de la posesión de estado[68]. Este elemento pudiera faltar no obstante darse el trato, en razón de las reservas que tienen lugar con ocasión de los convencionalismos sociales[69].

Se dice que es posible la existencia de otros elementos distintos a los indicados que pudieran llevar al ánimo del Juzgador la referida posesión de estado. Ello pues, como se señaló, la citada enumeración del artículo 214 del CC es meramente enunciativa y no taxativa, lo que se denota de la propia norma que indica expresamente "*...los principa-*

[65] Véase: Bocaranda, *Análisis...,* p. 149, "La fama es el hecho de que la familia y la sociedad (allegados, amigos, vecinos) consideren y reputen como algo real la existencia de aquel vínculo filiatorio o conyugal, según el caso. Tampoco aquí se trata de palabras, sino de hechos. Eventualmente, serán los miembros de la familia o de la sociedad los que podrán emerger como testigos del tractatus. El énfasis probatorio fundamental de la fama radica, no en la familia, sino en la sociedad".
[66] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* pp. 86 y 87. Por último, en cuanto al elemento 'fama' la reforma lo considera existente tanto cuando el vínculo de que se trata haya sido reconocido por la familia como cuando lo haya sido por la sociedad sin exigir que este último reconocimiento haya sido "constante". (*Ídem*).
[67] Véase: Torres-Rivero, *Derecho de Familia...,* 1967, p. 43, nota 59, "... Y el tercero como bien dicen algunos, reflejo o proyección del tractatus en los demás –a que se le tenga– 'reconozca ', 'voz pública' –como hijo, por la familia– la suya y la de los pretendidos padres –y por los extraños– el grupo, 'la sociedad' donde conviven y dichos pretendidos padres...".
[68] Véase: La Roche, *Ob. Cit.,* p. 275: "...que tal reconocimiento, como hijo tenga carácter colectivo, por parte de los padres, de la familia o de la sociedad; este es el llamado 'fundamento colectivo': conocimiento por parte de la familia o de la sociedad, cualesquiera de los dos, lo que implica que basta ese conocimiento colectivo (la 'fama' del Derecho Romano) para que se integre otro de los llamados elementos principales de la posesión de estado".
[69] Véase: López Herrera, *Anotaciones sobre filiación...,* pp. 59 y 60, "si bien, como se ha dicho, la fama es uno de los principales elementos de la posesión de estado cualquiera, nuestra jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos puede haber la posesión de estado sin que el titular de ella haya gozado de la reputación, por dificultarlo las costumbres y los convencionalismos imperantes en el medio social ... Es obvio que también en casos diferentes y de acuerdo con las circunstancias, puede existir posesión de estado sin fama".

les de estos hechos son...". De tal suerte que bien pudiera el Juzgador ante un caso particular apreciar otras circunstancias distintas a las indicadas[70]. Tal es el caso que reseña Aguilar Gorrondona en el año 1946 respecto a la utilización del nombre de pila (Tomiris) de la actora, que coincidía con la madre del presunto padre, esto es de la abuela, y que el Juez consideró significativo por ser un término poco común en la región[71]. Ciertamente, a nuestro criterio, la coincidencia con el nombre de pila deberá estar acompañada de otro elemento como sería el trato, pues por sí solo sería insuficiente. En todo caso, Aguilar acertadamente señala que es difícil pensar en la posibilidad de la posesión de estado sin que tengan lugar aunque sea uno de los elementos indicados en la norma[72]. Pareciera sin embargo, que los hechos o circunstancias que pudieran darse son consecuencia del trato o de la

[70] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 87; La Roche, *Ob. Cit.,* pp. 274 y 275; Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 128; Torres-Rivero, *Derecho de Familia...,* pp. 42 y 43, nota 60; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 345; Bocaranda, *Ob. Cit.,* p. 148; Perera Planas, *Análisis...,* pp. 214 y 215. Véase también: AMCSFM2, Sent. 5-3-99, J.R.G., T. 152, p. 54. La enumeración de los elementos de la posesión de estado en nuestro Derecho no es taxativa sino meramente enunciativa, como lo demuestra el texto del art. que dice: "Los principales de estos hechos son...".

[71] Aguilar Gorrondona, José Luis *Ob. Cit.,* p. 87, cita sentencia de 14-11-46 del Juzgado Primero de Primera Instancia del Estado Lara.

[72] *Ídem.* Véase en el mismo sentido; AMCSMT1, Sent. 27-10-00, J.R.G., T. 169, p. 14, Nuestra jurisprudencia de casación e instancia es conteste en sostener que, cuando se inquiere la paternidad, es requisito imprescindible para que prospere la acción, la demostración de los elementos de la posesión, nombre, trato y fama o por lo menos alguno de ellos, los cuales están contemplados en el citado artículo 214 del Código Civil, criterio éste que acoge este Juzgador. Véase contrariamente: López Herrera, *Anotaciones sobre filiación...,* pp. 57 y 60, "Normalmente es difícil poseer un estado cualquiera sin que existan nomen, tractatus ni fama; pero podrían surgir casos excepcionales y raros que permitan concluir, en base a otros elementos que sí hay posesión de estado aunque falten los principales". Sin embargo, en términos prácticos es difícil dar ejemplos rotundos en que un solo elemento diverso a los tradicionales sin estar acompañado por alguno de éstos pudiera servir de prueba suficiente a los fines de la posesión de estado. De allí que pensamos que aun cuando pudieran existir hechos distintos a los tradicionales que reafirmen la convicción sobre la posesión de estado, al menos uno de los indicados en el citado artículo 214 CC debería estar presente. Sin lugar a dudas, reiteramos que el elemento esencial es el trato; toda vez que la fama es una proyección de éste, es decir, la fama supone el trato pero no viceversa.

[73] Bocaranda, *Análisis...,* p. 148, la sola circunstancia de que la ley los considere "hechos principales", sugiere que su enumeración no tiene carácter taxativo. Es más: dos de ellos (tractatus y fama) representan categorías fácticas dentro de cada una de las cuales encuentra cabida infinidad de hechos denotativos.

fama ya referida[73]. Así por ejemplo la indicación que hiciera el presentante sobre los "hijos" en la respectiva partida de defunción se traduce en un reflejo del elemento fama[74]. No obstante, la doctrina acota que los Jueces de instancia son soberanos en la apreciación de tales hechos y en consecuencia ello no sería censurable en casación[75].

Vale referir finalmente que no es necesario que el actor en el libelo desglose o detalle cada uno de los elementos que conforman la posesión de estado sino que simplemente es suficiente con el alegato de dicha posesión[76]. Será el juez quien a través del examen del material probatorio correspondiente podrá concluir si existe o no[77] posesión de estado.

4. IMPORTANCIA

La importancia o función de la posesión de estado se ha hecho relevante fundamentalmente como prueba subsidiaria o supletoria del estado respectivo, a falta de la prueba por excelencia que es la correspondiente acta del estado civil. No obstante, la dinámica de su función varía en materia filiatoria según estemos en presencia de filiación matrimonial o extramatrimonial. También debe distinguirse lo anterior respecto del estado de cónyuge. En cada uno de las situaciones indicadas la pose-

[74] Véase: DFMFMS1, Sent. 15-3-93, J.R.G., T. 124, pp. 103 y 104. El ciudadano admitía públicamente que tenía una hija, pues el presentante de la partida de defunción al referirse a los datos de índole personal del fallecido expresa que al morir deja una hija de nombre... llama a considerar como importante elemento de la posesión de estado de hija la creencia que tenía el presentante de que sí tenía una hija y se llamaba... con lo cual se presumiría que se trata de la actora. Este elemento reafirma lo dicho por los testigos apreciados que la actora era conocida por la colectividad como hija de... en consecuencia, de los hechos analizados considera este Tribunal Superior, que la posesión de estado de hija de la ciudadana... ha quedado demostrado por la existencia suficiente de hechos que así lo indican.

[75] Véase: Granadillo, *Ob. Cit.,* Tomo II, p. 54; Loreto, Luis: *La acción y el proceso de filiación natural en el Derecho venezolano.* Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1951, p. 28.

[76] Véase: 17IC1, Sent. 22-12-58, Jurisprudencia Tribunales de la República (J.T.R.), Vol. VII, Tomo II, p. 100.

[7] Véase en relación a su improcedencia: TSJ/SCS, Sent. N° 157 del 1-6-00, en: www.tsj.gov.ve. En el caso bajo estudio considera esta Alzada que no quedó fehacientemente demostrado a los autos 'el nombre, trato y fama' a que se refiere la norma transcrita, por lo que no se probó la posesión de estado requerida en la misma, no existiendo en estos autos suficientes elementos que lleven a la convicción de esta sentenciadora, que la paternidad del menor Identidad Omitida en Cumplimiento del art. 65 de la LOPNA le corresponda al demandado y, así se decide. Véase también: DFMFMS6, Sent. 25-7-90, J. R. G., T. 113, pp. 61 y 62.

sión de estado, cumple un importante papel. Haremos también una breve referencia al concubinato.

4.1 *EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE HIJO*

4.1.1 *Matrimonial*

La prueba por excelencia del estado de hijo matrimonial, esto es, nacido de padres unidos en matrimonio, es la correspondiente acta de nacimiento. Sin embargo, en aquellos casos en que no sea posible contar con la prueba por excelencia de dicho estado porque la misma no existe o porque tiene lugar uno de los supuestos del artículo 458 del CC, en el correspondiente juicio en que se pretenda obtener una sentencia supletoria que haga las veces de partida, se podrá hacer valer la posesión de estado. Según indicamos[78] en esta filiación sí es característica la utilización del apellido de los progenitores. A la posesión de estado como prueba de la filiación materna en defecto de la partida de nacimiento, se refiere el ordinal 2° del artículo 198 CC.

4.1.2 *Extramatrimonial*

La filiación extramatrimonial se establece voluntariamente a través del reconocimiento, el cual es un acto o negocio jurídico[79]. A falta de éste, puede tener lugar el reconocimiento forzoso a través de la correspondiente acción de *inquisición de la paternidad o la maternidad*[80]. Pues bien, en dicho proceso una de las formas de lograr el establecimiento de la paternidad es precisamente a través de la pose-

[78] Véase *supra* N° X.3.
[79] Negocio jurídico unilateral, espontáneo, irrevocable y solemne. Sobre el reconocimiento, véase: Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 370-386; *supra* Nº VII.
[80] Véase: López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 175 y 176, para el autor existen tres elementos que constituyen la posesión de estado en la filiación extramatrimonial: a) Es un hecho o conjunto de hechos aptos como prueba para obtener el emplazamiento en el estado; b) La posesión de estado es simplemente el goce de un estado familiar, de hecho, sin emplazamiento jurídico; c) Importa el elemento que pondrá en movimiento el derecho subjetivo filial para promover la investigación de la paternidad, sentencia que será título de estado.

sión de estado, de conformidad con el artículo 210 del CC[81]. En este tipo de filiación, como indicamos[82], no aplica la utilización del apellido en razón de la falta de reconocimiento voluntario, y podría faltar la fama en razón de los convencionalismos sociales, pero a todo evento lo esencial sería el trato. Vale observar que, a falta de posesión de estado, el hijo –en razón de la amplitud probatoria– podría probar la paternidad según la disposición citada, a través de las correspondientes experticias científicas, incluyendo las heredobiológicas y hematológicas[83], consentidas por el demandado. La negativa de éste de someterse a las mismas se considerará como una presunción en su contra[84]. Así pues, de conformidad con la citada norma, la filiación

[81] Cuyo texto dispone: "A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra.
Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda". (Destacado nuestro). Véase; TSJ/SCS, Sent. N° 232 de 19-9-01, J.R.G., T. 180, p. 685, el artículo 210 del Código Civil establece una disyuntiva probatoria, si se demuestra la posesión de estado queda establecida la paternidad, sin necesidad de que se demuestre la cohabitación para la época de la concepción ni la identidad del hijo con el entonces concebido. Una vez establecida la existencia de la posesión de estado sólo podía el Juez declarar la paternidad.

[82] Véase *supra* N° X.3.

[83] Véase al respecto *supra* N° IX.3.1.2.

[84] Véase sobre tales experticias científicas en materia filiatoria: DFMSCM8, Sent. 26-3-87, J.R.G., T. 98, p. 78; DFMSCM8, Sent. 20-7-87, J.R.G., T. 100, p. 143; DFMSFM1, Sent. 16-4-93, J.R.G., T. 125, pp. 87 y 88; CSJ/Cas, Sent. 24-2-94, J.R.G., T. 129, p. 497; AMCSFM1, Sent. 16-5-95, J.R.G., T. 134, pp. 72 y 73; AMCSFM1, Sent. 22-4-96, J.R.G., T. 138, p. 85; AMCSFM2, Sent. 17-9-97, J.R.G., T. 144, pp. 88 y 89; ;CSJ/Cas., Sent. 2-6-98, O.P.T., junio 98, pp. 157 y ss.; AMCSFM2, Sent. 5-3-99, J.R.G., T. 152, p. 54;TSJ/SCS, Sent. N° 157 del 1-6-00, en: www.tsj.gov.ve; AMCCSPNA, Sent. 11-08-00, J.R.G., T. 168, pp. 45-47; TSJ/SCS, Sent. N° 93 de 3-5-00, En: www.tsj.gov.ve; TSJ/SCS, Sent. N° 090 del 17-5-01, O.P.T., T. I, Mayo 2001, pp. 484 y 485; AMCCSPNA, Sent. 25-6-01, J.R.G., T. 177, pp. 39-41; TSJ/SCS, Sent. 186 del 26-7-01, J.R.G., T. 178, p. 730; TSJ/SCS, Sent. N° 356 del 12-6-02, J.R.G., T. 189, pp. 685-687; TSJ/SCC, Sent. 00172 del 11-3-04, J.R.G., T. 209, p. 528; TSJ/SCC, Sent. N° 00966 del 27-8-04, En: www.tsj.gov.ve. Véase en relación a la posibilidad de efectuar las experticias en los herederos del *de cujus* y en su defecto en el cadáver: TSJ/SCC, Sent. RC N° 01152 del 30-9-04, En: www.tsj.gov.ve. Véase *supra* N° IX.3.1.2.

podría establecerse con todo género de pruebas incluidas las científicas y esto tiene sentido especialmente a falta de posesión de estado, pues de existir ésta y ser probada será suficiente para el establecimiento de la filiación[85]. Como bien indica López del Carril: "Nuestro pensamiento desde hace mucho tiempo, se ha centrado en la improcedencia, a nuestro entender, de exigir, además de la posesión de estado, la prueba del nexo biológico"[86]. Ello en el caso venezolano se desprende inclusive de la propia redacción del citado artículo 210 CC[87].

– La posesión de estado de estado permite disfrutar de los *efectos sucesorales* en caso de *reconocimiento de un hijo muerto*, de conformidad con el artículo 219 CC[88]. La ley pretende evitar el reconocimiento de un hijo fallecido con el solo objeto de beneficiarse económicamente[89].

[85] Véase: Perera Planas, *Análisis...,* pp. 203 y 204, "El Código habla de 'posesión de estado' ... o es decir, que creo se refiere a una u otra situación. Si se prueba la posesión de estado, queda establecida la paternidad o la maternidad". Véase también : AMCSFM2, Sent. 17-9-97, J.R.G., T. 144, pp. 88 y 89. En efecto, como puede observarse del art. 210 del CC transcrito se abre la posibilidad de plantear judicialmente una acción de inquisición de paternidad, cuando no ocurre el reconocimiento voluntario, en su encabezamiento, permite el uso de todo tipo de pruebas incluyendo los exámenes o experticias hematológicas y heredobiológicas: pero el único aparte de la disposición condiciona el establecimiento de la paternidad a que se pruebe posesión de estado o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo concebido en dicho período. De modo que mediante esta disposición el legislador ha querido ser muy exigente en cuanto a la comprobación de la paternidad. Los jueces deben ser muy cuidadosos al tratar una materia tan importante como la relativa al estado de las personas, filiación, en las cuales estén interesados el orden público y las buenas costumbres, y así se declara.

[86] López del Carril, *Ob. Cit.,* p. 176, el autor cita en este mismo sentido a Borda.

[87] Al indicar "...Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo...". Con lo que se denota que basta la prueba de la posesión de estado a los fines del establecimiento de la filiación, al margen de la realidad biológica. De allí que pensamos que mal podría el presunto progenitor pretender desvirtuar la indubitable posesión de estado con experticias científicas filiatorias.

[88] Que prevé: "El reconocimiento que se haga de un hijo muerto no favorece como heredero al que lo reconoce, sino en el caso de que éste pruebe que aquél gozaba en vida de la posesión de estado".

[89] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 92; López Herrera, *Anotaciones...,* pp. 758 y 759, la norma tiene por objeto evitar los abusos y eventuales litigios que derivarían del hecho de que por puro interés económico, aparecieran padres naturales póstumos a la persona fallecida, cuando dichos progenitores se desentendieron de su deber de alimentar, asistir y educar al hijo, en vida de éste. Véase también: Viso, *Ob. Cit.,* p. 515, la norma es clara por cuanto de no ser así ello se prestaría a muchos reconocimientos interesados *post mortem*; pero sí puede hacerse el reconocimiento en favor de los descendientes del premuerto, pues ello iría en beneficio de éstos, no del que reconoce.

– La posesión de estado *suple o dispensa el consentimiento del cónyuge y descendientes en el caso de reconocimiento de un hijo mayor de edad muerto*, de conformidad con el artículo 220 CC[90]. Según dicha norma el reconocimiento del hijo mayor de edad precisa de su consentimiento[91] y en caso de muerte de éste el de los familiares indicados. Contrariamente, el reconocimiento del hijo menor de edad es un acto unilateral que no requiere del consentimiento del hijo ni del otro progenitor, pues a todo evento, podrá ser impugnado por quien tenga interés[92]. Según la doctrina, la necesidad del consentimiento aplica a todos los descendientes[93].

– La posesión de estado juega un papel fundamental en los juicios de estado y la ley le ordena al Juzgador tomar en cuenta la misma de conformidad con el artículo 233 CC[94], aunque le impone ciertas orientaciones. Así por ejemplo, en caso de conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión no se puede reclamar una filiación distinta, salvo los supuestos excepcionales de supresión, suposición o sustitución de parto, o inscripción del hijo bajo falsos nombres, según el artículo 230

[90] Que dispone: "Para reconocer a un hijo mayor de edad, se requiere su consentimiento, y si hubiese muerto, el de su cónyuge y sus descendientes si los hubiere, salvo prueba, en este último caso, de que el hijo ha gozado en vida de la posesión de estado". Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* pp. 92 y 93; Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* p. 78.
[91] Véase: DFMSC1; Sent. 15-4-71, J.R.G., T. 30, pp. 19-21, mientras no se haya producido el consentimiento del hijo mayor de edad, el reconocimiento hecho por el padre tiene sólo el valor de un acto jurídico o declaración unilateral cuya eficacia dependerá que se produzca el consentimiento.
[92] Aun cuando aclara el artículo 221 del CC que "El reconocimiento es declarativo de filiación y no puede revocarse, pero podrá impugnarse por el hijo y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello". La impugnación del reconocimiento tiene lugar si la filiación no se corresponde con la realidad biológica. No obstante, también es posible la nulidad del reconocimiento, que tiene lugar –al margen de la realidad de la filiación–, en razón del incumplimiento de formalidades esenciales que impone la ley.
[93] Véase: López Herrera, *Anotaciones...* p. 758, parece necesario concluir que independientemente del grado de parentesco, todos los descendientes del hijo, que existan para la fecha del reconocimiento, deben prestar su consentimiento a fin de que la correspondiente declaración de maternidad o de paternidad puede producir sus efectos legales. Véase también: Perera Planas, *Análisis...,* p. 226, "si existe uno de los descendientes que lo niega, el reconocimiento no obrará respecto a él. Pareciera lo más sensato. ... Por lo que respecta al cónyuge y los descendientes la Ley no señala ningún término para prestar el consentimiento".
[94] Que dispone: "Los Tribunales decidirán, en los conflictos de filiación, por todos los medios de prueba establecidos, la filiación que les parezca más verosímil, en atención a la posesión de estado".

eiusdem[95]. La posesión de estado tiene en principio carácter subsidiario respecto de la partida de nacimiento, por lo que de existir ésta tendrá preeminencia sobre la figura en estudio[96].

– Bajo la vigencia de la LOPNA de 1998 (art. 350) la posesión de estado permitía disfrutar de un ejercicio de compartido de la patria potestad en la filiación extramatrionial, pero la LOPNNA de 2007 eliminó tal situación al consagrar –en su mismo número de artículo– el ejercicio compartido de tal filiación en todo caso[97].

[95] Que indica: "Cuando no exista conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado, se puede reclamar una filiación distinta de la que atribuye la partida de nacimiento. Y aun cuando exista conformidad entre las actas del Registro Civil y la posesión de estado, se puede también reclamar una filiación distinta a la que atribuye las actas del Registro Civil si se reclama y prueba judicialmente por cualquier medio, la suposición o sustitución de parto, o si el hijo fue inscrito bajo falsos apellidos o como nacido de padres inciertos".

[96] Véase: Granadillo, *Ob. Cit.,* p. 54. "Entre las características jurídicas de la posesión de estado tenemos las siguientes: 1° Es una prueba supletoria de la partida de nacimiento. Por lo tanto, no puede contradecirla, ni desmentirla, ni reformarla; y el Juez, ante un conflicto entre ellas debe desechar la última y sentenciar la filiación basándose en la partida de nacimiento. De nada valdría que Daniel Fonseca y su señora Amparo, criaran a un menor, desde su nacimiento llamado Pedro o Danielito, y que sea tratado por todos como hijo de los mencionados esposos, si la partida de nacimiento de ese menor acusa que la madre es Juana Cabrera...". En el mismo sentido: Domínici, *Ob. Cit.,* p. 300.

[97] La posesión de estado en la LOPNA de 1998 podía permitir el ejercicio conjunto de la patria potestad –si concurría con la conveniencia al interés del menor a criterio del Juez– en el supuesto de reconocimiento efectuado seis (6) meses después del otro progenitor. El derogado artículo 350 de la LOPNA indicaba: "En el caso de hijos comunes habidos fuera del matrimonio, la patria potestad corresponde conjuntamente al padre y a la madre cuando la filiación se establece simultáneamente respecto de ambos; si la filiación se establece de manera separada, el padre que reconozca a los hijos, con posterioridad, compartirá el ejercicio de la patria potestad, si dicho reconocimiento se produce dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del respectivo hijo. En todos los demás casos, la titularidad de la patria potestad corresponde sólo a aquel de los padres respecto al cual se haya establecido primero la filiación. No obstante, el juez competente puede conferir la patria potestad al otro padre, si la filiación se establece con respecto a él mediante reconocimiento voluntario que dicho padre haga del hijo, y prueba que este último goza, en relación con él, de posesión de estado, oída la opinión del hijo y la del padre que tenía la patria potestad, y siempre que tal conferimiento resulte conveniente a los intereses del hijo, de todo lo cual se debe dejar constancia en el acta que se levante al respecto. Cuando el padre y la madre ejerzan de manera conjunta la patria potestad, los desacuerdos respecto de los hijos de resolverán conforme a lo previsto en el artículo anterior". El mismo número de artículo en la LOPNNA de 2007 consagra un ejercicio compartido de la patria potestad en todo caso.

4.2 *EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE CÓNYUGE*

La prueba por antonomasia del estado de estado de cónyuge o de "casado" es la partida del estado civil correspondiente. Al igual que indicamos respecto de la filiación matrimonial, a falta del acta respectiva o en los supuestos del artículo 458 CC, la posesión de estado podrá hacerse valer a los fines de obtener una sentencia supletoria que haga las veces de partida.

En el caso de que el matrimonio no haya sido inscrito en el Registro del Estado Civil por causas imputables al funcionario, igualmente el artículo 115, ord. 2 *eiusdem* permite hacer valer la posesión de estado a los fines de la obtención de la sentencia supletoria, no siendo estrictamente necesaria –en nuestro criterio– la prueba auténtica de la fijación de los carteles no obstante la indicación del ord. 1° de la referida norma[98].

Por otra parte, de conformidad con el artículo 114 *eiusdem,* la posesión de estado subsana las irregularidades acontecidas en la partida de matrimonio. Así por ejemplo, mal pueden las partes pretender alegar la nulidad de la partida por la inadvertencia de firmas si se ha disfrutado de posesión de estado, con posterioridad a tales irregularidades.

Ahora bien, puede suceder que la correspondiente prueba del estado relacionado con el matrimonio, no sea propiamente el estado de "casado" que se deriva del acta de matrimonio respectiva, sino que se refiera por ejemplo al estado de divorciado o de viudo, siendo que la prueba por excelencia sería la correspondiente sentencia o la partida de defunción, y falta de éstas la sentencia supletoria de conformidad con el citado artículo 458 del CC[99]. Creemos que seguiría siendo apli-

[98] El artículo 115, ord. 1 CC señala que se precisa de la prueba auténtica de la publicación o fijación del cartel de matrimonio, salvo los casos previstos en los artículos 70, 96 y 101. Sin embargo, compartimos la opinión de Marín Echeverría en el sentido, de que pretender la concurrencia de la posesión de estado con la prueba auténtica de la fijación de dichos carteles haría nugatoria, la posibilidad de acudir a la prueba supletoria en el caso indicado, pues los contrayentes generalmente no suelen contar con la citada prueba auténtica. Y además dicha publicación no garantiza la celebración del matrimonio (Véase: Marín Echeverría, Antonio Ramón: *Derecho Civil I. Personas.* Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998, pp. 120 y 121).

[99] Señala que "la prueba supletoria será admisible, no sólo cuando se trate de nacimientos, matrimonios o defunciones, sino también para acreditar todos los actos que deban inscribirse en los registros del estado civil, cuando concurran respecto de estos actos las mismas circunstancias y previstas".

cable al caso indicado una suerte de posesión del estado civil de que se trate, según las circunstancias, toda vez que el mismo funciona como prueba subsidiaria.

En cuanto a los elementos de la posesión de estado de cónyuge, recordemos[100] que el principal será el trato; la fama será una proyección de éste. Por su parte, el apellido no constituye un elemento esencial, pues el marido no puede utilizar el apellido de su esposa[101] y para la mujer es meramente facultativo de conformidad con el artículo 137 CC.

4.3 *EN RELACIÓN CON EL CONCUBINATO*

La doctrina tradicionalmente ha hecho referencia a la posesión de estado de hijo y de cónyuge y, por ende, no ha considerado dentro del tema en estudio lo relativo al "concubinato". Sin embargo, D'Jesús se refería a la "posesión de estado de concubinos"[102], para denotar la apariencia de detentar tal situación de hecho. Recientemente, se ha admitido por propia remisión del artículo 77 de la Constitución que el concubinato puede generar importantes efectos jurídicos[103] además de la comunidad concubinaria[104], tales como la vocación hereditaria, una vez que dicha situación de hecho es acreditada judicialmente[105]. Lo indicado permite encuadrar perfectamente al concubinato dentro del concepto amplio de estado civil en lo atinente al estado familiar[106].

---

[100] Véase *supra* N° X.3.
[101] Véase; CSJ/Corte en pleno, Sent. 29-4-97, OPT, CSJ abril 1997, pp. 255-267. Puede consultarse igualmente la referida sentencia en: J.R.G, T. 143, pp. 822-826: En Venezuela no existe la posibilidad de que el marido pueda usar el apellido de su esposa.
[102] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* pp. 157 y 165. "En el concubinato hay posesión de estado de concubinos" (*Ibíd*., p. 167). Por su parte, indica Bocaranda, entre concubinos existe una situación concubinaria y no un estado concubinario (Bocaranda, *Análisis...,* p. 144).
[103] Véase sobre tales efectos: Domínguez Guillén, Las uniones ... pp. 215-247 (véase *infra* N° XI). Véase también: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. N° 1682 del 15-7-05, en: www.tsj.gov.ve
[104] Que se encontraba ya establecida con anterioridad a la Carta Magna en el artículo 767 CC.
[105] Véase en este sentido declarando la vocación hereditaria de la concubina de conformidad con el artículo 77 de la Constitución, por vía de una acción merodeclarativa: Sentencia del Juzgado Décimo de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, del 24 de junio de 2004, Expediente N° 26.759. (Consultada en original).
[106] Véase sobre la consideración de tratarse de un estado civil porque una vez probado de él se desprenden efectos jurídicos: Domínguez Guillén, *El estado civil...,* pp. 375-377.

Siendo así, no es ilógico pensar *mutatis mutandi*, en una suerte de posesión de la situación o estado concubinario. Esto porque en definitiva, en el juicio correspondiente, la prueba de la respectiva situación concubinaria, vendrá dada por los mismos elementos estudiados de la posesión de estado, especialmente el trato y la fama, siendo igualmente el trato el más importante.

En cuanto, a los elementos, vale la misma consideración hecha con anterioridad: el elemento más importante será el trato, pues ciertamente la fama bien podría faltar en razón de los convencionalismos sociales. Como indicáramos la fama o notoriedad no es un elemento esencial del concubinato, sino el propiciarse un *trato recíproco* de marido y mujer[107]. La utilización formal del apellido ante el servicio de identificación de la concubina no es predicable en razón del carácter de situación de hecho que presenta. Sin embargo, la posibilidad de usar el apellido del concubino como parte de sus relaciones sociales y no a nivel de negocios jurídicos, si tuviere lugar con la venia del concubino, podría servir como elemento indicativo de la correspondiente posesión de estado[108].

---

[107] Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Las uniones concubinarias...,* pp. 219 y 220, notas 15 y 16. En este sentido, si el concubinato fuese considerado un estado civil, como en efecto es, debe recordarse que de los tres elementos principales mas no concurrentes de la posesión de estado (nombre, trato y fama) el más importante ciertamente es el trato, pues los otros pueden faltar según las circunstancias. Así pues en materia de posesión de estado, el elemento "fama" es una proyección del elemento "trato" reflejando a los ojos de los terceros; siendo así es posible que el elemento trato no haya trascendido ante los demás y sin embargo, existe posesión de estado, que será probada acreditando el más importante de los elementos, a saber, que las partes se han propiciado el correspondiente "trato", pues tales elementos no son concurrentes. Los convencionalismos o la simple reserva pueden llevar a la pareja o a uno de sus miembros a no darle publicidad a la unión de hecho estable. En tal caso la unión podrá ser perfectamente probada con todo género de pruebas. De allí que resulte improcedente rechazar una acción concubinaria pretendiendo presentar testigos que declaren que les consta que las partes no eran concubinos, porque no encuentra aquí aplicación la prueba de un hecho negativo, toda vez que ello no desvirtúa la posibilidad de que otras personas conocieran de la existencia de la relación concubinaria o que la misma pueda ser probada con otros medios de prueba. A veces se aprecia inclusive el reconocimiento extrajudicial del concubinato ante un funcionario público. Véase también: Bocaranda Espinoza, Juan José: *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales. Trabajo de ascenso presentado para optar a la categoría de profesor asistente.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1995. pp. 44 y 45, indica acertadamente Bocaranda que de todos los elementos del concubinato, la notoriedad es el único, que no pertenece a la esencia de éste. Su importancia no es pues, substancial, en cuanto no contribuye, necesariamente, a una definición fundamental de la relación concubinaria. Sin embargo, tiene una importancia adjetiva de carácter probatorio, toda vez que constituye el puente entre la existencia del conjunto de los demás elementos y la existencia de la relación concubinaria.

[108] Domínguez Guillén, *Las uniones concubinarias...,* p. 241.

5. FORMA DE HACERLA VALER

La posesión de estado es una situación fáctica o de hecho que como señalamos[109], precisa de control judicial, es decir, deberá acreditarse jurisdiccionalmente. Ahora bien, la distinta dinámica y naturaleza de cada situación, se refleja igualmente a nivel procesal; en consecuencia, los procedimientos judiciales en que puede hacerse valer la posesión de estado varían según el tipo de filiación o situación de que se trate[110].

Así, en materia de filiación *extramatrimonial*, a falta de reconocimiento voluntario, el presunto hijo podría acudir al *juicio de inquisición de la paternidad o la maternidad,* a fin de hacer valer la posesión de conformidad con el artículo 210 CC[111]. Ramos, sin embargo, alude a la posibilidad de hacer valer la posesión de estado de la filiación materna, no en juicio de filiación sino en un juicio mero declarativo si fuere el caso de que se tuviere interés en una determinada declaración al efecto[112].

En tanto, que si se trata de filiación *matrimonial*, el hijo a falta de partida de nacimiento[113] que es la prueba por excelencia del estado familiar o de tener lugar alguno de los supuestos previstos en el artículo 458

[109] Véase *supra* N° X.2.
[110] Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *El estado civil...,* pp. 398-403.
[111] Véase: Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 133 y 134, la forma de hacer valer la posesión de estado en la filiación extramatrimonial, tratándose de filiación paterna, es por medio de la acción de inquisición de paternidad o simplemente acción de reconocimiento...". Véase *supra* N° 4.1.2.
[112] Ramos Sojo, *Unidad...,* p. 137, "Por ello, aunque enumerada como prueba extrajudicial, la naturaleza misma de este modo de determinación de la filiación materna, en la práctica, al implicar la gravedad de una cuestión de estado, se reduce a una comprobación del Juez, y como salida podría adoptarse la vía de un juicio mero declarativo, que no revista la complicación de un juicio de estado".
[113] Y ante la imposibilidad de reconocimiento de sus progenitores, pues éste es exclusivo de la filiación extramatrimonial. El art. 458 del CC prevé: "Si se han perdido o destruido en todo o en parte los registros; si son ilegibles; si no se han llevado los registros de nacimiento o de defunción, o si en estos mismos registros se han interrumpido u omitido los asientos, podrá suplirse el acta respectiva con cualquiera especie de prueba. Las partidas eclesiásticas tendrán el valor de presunciones. La prueba supletoria será admisible, no sólo cuando se trate de nacimientos, matrimonios y defunciones, sino también para acreditar todos los otros actos que deben inscribirse en los registros del estado civil, cuando concurran respecto de estos actos las mismas circunstancias ya previstas.
Si la falta, destrucción, inutilización total o parcial, o la interrupción de los registros proviene de dolo del requirente, no se le admitirá la prueba autorizada por este artículo".

del Código Sustantivo[114], podrá hacer valer la posesión de estado dentro de un juicio de *inserción de partidas*[115], las partidas eclesiásticas tendrán el valor de presunciones[116] y las menciones que la ley exige relativas al estado que se pretende probar contenidas en otra partida del estado civil tendrían el valor de principio de prueba por escrito o indicios[117]. Tal procedimiento, de conformidad con el artículo 505 CC[118] es el mismo de la rectificación de partidas[119] sin que pueda abreviarse el lapso probatorio y en dicho juicio de conformidad con la norma deben *acreditarse hechos suficientes a demostrar una indubitable posesión de estado*. Esto a los fines de obtener excepcionalmente una sentencia que suple la partida y se convierte en un título inscribible en el

---

[114] Véase sobre el artículo 458 del CC: Código Civil de Venezuela. Artículos 445 al 463. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Ediciones de la Biblioteca EBUC, 1999, pp. 403-456.

[115] De conformidad con los artículos 458 y 505 CC. Véase: Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 133 y 134. Tratándose de filiación matrimonial y en el matrimonio, la única forma de hacer valer la posesión de estado, que, como en reiteradas ocasiones indicamos, siendo prueba supletoria entra en juego a falta de la prueba principal que la constituyen las respectivas actas o partidas, es por medio de un juicio que toma el nombre de inserción de partidas a que se refiere el artículo 505 del Código Civil, haciendo alusión este articulado a los casos del artículo 458 *eiusdem*.

[116] Véase artículo 458 CC. Esto porque el funcionario eclesiástico debió exigir previamente a la realización del acto la correspondiente acta del estado civil.

[117] Así por ejemplo, en el procedimiento de inserción de partida de nacimiento podría hacerse valer la partida de matrimonio del solicitante, toda vez que la ley exige –aunque no es la esencia del acto– en tal partida la designación de los padres de los contrayentes (art. 89, ord. 2 CC) y el funcionario debió constatar la regularidad de tal información. De allí que la jurisprudencia, haya distinguido en la partida, las menciones extrañas al acto exigidas por la ley de las que no lo son, concediéndole a las primeras el valor de principio de prueba por escrito o de simples indicios (CFC/SC, Sent. 27-2-34, Mem. 1935, p. 262; CFC/SC, sent. 1-8-38, Mem 1939, V. II, p. 153; DFMIM2, Sent. 21-1-65, JTR, V. XIII, pp. 695 y 696). En cambio, las menciones extrañas al acto y no ordenadas por la ley no tienen ningún valor (CFC/SC, Sent. 1-8-38, Mem 1939, V. II, p. 156; TASI, Sent. 1-4-64. JTR, V. XII, pp. 669-671). Las que versen sobre hechos relativos al acto hacen plena prueba si no se le impugna en tanto que las indicaciones extrañas al acto no tienen ningún valor salvo disposición especial. (CSJ/SPA, Sent. 5-5-83, OPT, mayo 83, pp. 61-64, así como JRG, T. 82, pp. 674 y ss).

[118] Que prevé; "También se seguirá el procedimiento de los juicios de rectificación en los casos del artículo 458, pero sin que pueda abreviarse el lapso probatorio y debiendo acreditarse dentro de éste hechos suficientes a demostrar una indubitable posesión de estado, cuando esta prueba fuere pertinente al caso. A este fin no bastará presentada una justificación de testigos instruida fuera del juicio. Respecto de la sentencia que se dicte en este procedimiento, es aplicable lo dispuesto en el artículo anterior". (Destacado nuestro).

[119] Artículos 768 al 774 del Código de Procedimiento Civil.

Registro del Estado Civil[120]. Algunos consideran que en este supuesto no es estrictamente necesario la inexistencia de la partida de nacimiento de la filiación matrimonial sino que bien pudiera ser el caso de dificultad en la obtención de la misma[121].

En cuanto al *matrimonio* o al estado de casado, igualmente a falta de la prueba por antonomasia, a saber, la respectiva acta, ha de obtenerse una sentencia supletoria que haga las veces de partida, esto es, igualmente debe acudirse al procedimiento de *inserción de partidas*. Recordemos que en tales juicios se hace valer la posesión de estado; las partidas eclesiásticas tienen el valor de presunciones y las menciones relacionadas contenidas en otras partidas del estado civil se les concede el valor de indicio o principio de prueba por escrito[122].

Finalmente, si se considerase como indicamos[123] en expresión de D'Jesús la posibilidad de una suerte de posesión de estado *concubinario*[124], es de concluir que por tratarse de una situación de hecho precisa de intervención judicial para adquirir certeza y desplegar los efectos correspondientes. Lo anterior, según indicamos[125], generalmente a través de

[120] Véase: Ramos Sojo, *Situaciones...*, p. 376, ... declarada la posesión de estado en la sentencia que la contenga, ésta será título inscribible. Agrega que el citado artículo 505 advierte que en el juicio *ad hoc,* al faltar el Registro, es dentro del lapso probatorio cuando se deben acreditar los hechos constitutivos de la posesión de estado y advierte expresamente que no servirá a colmar la falta de registro la presentación de un justificativo de testigos. Véase también sobre la prueba supletoria: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* pp. 138-140; Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* pp. 151-155; Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* pp. 119-121; Zerpa, *Ob. Cit.,* p. 58; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* pp. 123-125; López Alfonso, Francisca: *El Registro, Rectificación e Inserción de Partidas de Nacimiento*. En: *Competencia de los Asistentes Jurídicos del INAM y de los Procuradores de Menores*. Caracas, Fiscalía General de la República, Publicaciones del Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, N° 5, 1982, pp. 50 y 51; Martínez Caicedo, Harold: *Estado Civil de las personas y Registro*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1965, p. 66.

[121] Véase en este sentido: Herrera, Francisco: *Anotaciones...,* p. 673, bien puede suceder, simplemente, que por circunstancias de lugar o de tiempo resulte difícil o incómoda la obtención de su copia certificada, lo cual basta para que el interesado pueda utilizar la posesión de estado. Véase en el mismo sentido: Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 341.

[122] Por ejemplo, sería el caso de la mención relativa al cónyuge del difunto en la correspondiente partida de defunción, de conformidad con el artículo 477 CC.

[123] Véase *supra* N° X.4.3.

[124] D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 167.

[125] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones concubinarias...,* pp. 222 y 223.

una acción merodeclarativa[126]. De tal suerte que el concubinato, por constituir una situación fáctica, generalmente para surtir efectos, a falta de reconocimiento de las partes, debe hacerse valer judicialmente. Así lo indicó la Sala Constitucional del Máximo Tribunal al pronunciarse sobre los efectos del concubinato de conformidad con el artículo 77 de la Carta Magna manifestó la necesidad de una declaración judicial a los fines del establecimiento de dicha situación[127].

[126] Dicha acción pretende –a falta de otra posible– la mera declaración de la relación concubinaria, la cual puede ser necesaria para reclamar efectos jurídicos como prestaciones laborales del concubino, pretensión sucesoral, partición. Véase: Bocaranda Espinoza, Juan José: *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales. Trabajo de ascenso presentado para optar a la categoría de profesor asistente.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1995, pp. 144 y ss.; Véase infra N° XI.1.3 y XII.3.

[127] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. N° 1682 del 15-7-05, en: www.tsj.gov.ve: tal comunidad concubinaria es una cuestión de hecho que debe ser alegada y probada por quien pretende su disolución, y en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato se podrán dictar las medidas preventivas necesarias... Véase también: Domínguez Guillén, *Las uniones concubinarias...*, pp. 221-224, la necesidad de una sentencia a falta de declaración de las partes, es lo que diferencia en cuanto a la prueba el concubinato del matrimonio, pues la vigencia de éste se desprende al contrastar el acta de matrimonio con el correspondiente instrumento de extinción del vínculo (sentencia de divorcio o acta de defunción).

Capítulo XI

Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999*

1. **El concubinato o unión de hecho estable: 1.1** *Noción* **1.2** *Requisitos:* **1.2.1** Unión entre un solo hombre y una sola mujer. **1.2.2** Estabilidad. **1.2.3** Tratamiento recíproco de marido y mujer. **1.2.4** Que ninguno de los concubinos esté casado. **1.2.5** Unión espontánea y libre **1.3** *Prueba.*
2. **Alcance del artículo 77 de la Constitución: 2.1** *Planteamiento.* **2.2** *Efectos Patrimoniales:* **2.2.1** Comunidad concubinaria. **2.2.2** Vocación hereditaria **2.2.3** Indemnización por daño moral. **2.2.4** Obligación alimentaria. **2.2.5** Otros. **2.3** *Efectos personales:* **2.3.1** Deberes y derechos. **2.3.2** Patria potestad. **2.3.3** Adopción. **2.3.4** *Fecundación artificial.* **2.3.5** Otros

* El presente artículo fue publicado en abril de 2005 en la Revista de Derecho N° 17 del Tribunal Supremo de Justicia, con anterioridad a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1682 del 15-7-05. Trataremos de reproducir la versión original (salvo algunos cambios legislativos derivados de la LOPNNA) y por ello no se aprecian en éste referencias a dicha sentencia, pues ello constituye objeto del Capítulo siguiente.

1. EL CONCUBINATO O UNIÓN DE HECHO ESTABLE

1.1 *NOCIÓN*

El concubinato[1] se presenta como la unión de hecho estable entre un hombre y una mujer que en forma espontánea y libre comparten una comunidad de vida sin estar casados o unidos en matrimonio[2].

[1] Sobre el concubinato, véase: Zannoni, Eduardo A.: *El Concubinato (en el Derecho Civil Argentino y comparado Latinoamericano).* Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1970; Estrada Piedrahita, Gloria Cecilia y Carlos Alberto Indaburu Lizarralde: *Algunas consideraciones sobre el concubinato perfecto en Colombia.* Bogotá D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho y Ciencias Económicas, 1977; Hurtado Cárdenas, Eduardo de Jesús: *Propuesta para la creación del régimen de bienes entre concubinos.* Bogotá D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1988; Ruiz, Humberto: *El concubinato como fuente de relaciones jurídicas.* Bogotá D.E., Universidad Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1955: Núñez y Núñez, Eduardo Rafael: *Unión Extramatrimonial.* Trabajos I. La Habana, Ediciones Montero Obispo 521, 1945; Perera Planas, Nerio: *El Concubinato.* Maracay, Ediciones EPA, 1983; González Fernández, Arquímedes E.: *El Concubinato* (Texto actualizado según Constitución de 1999). Caracas, edit. Buchivacoa, 1999; Bocaranda Espinosa, Juan José: *La comunidad concubinaria en el nuevo Código Civil 1982.* Caracas, Tipografía Principios, 1983, pp. 78 y ss.; Bocaranda Espinoza, Juan José: *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales.* Trabajo de ascenso presentado para optar a la categoría de profesor asistente. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1995. Véase también: Guzmán Iñíguez, Taulino: *El concubinato y sus efectos jurídicos en nuestra legislación comparados con el matrimonio.* México, Universidad Abierta. En: www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/G/Guzman%20Taulino-El%20concubinato.htm. Véase también sobre el concubinato en Argentina: *El concubinato en nuestro derecho de familia* http://www.todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/CONCUBINATO.htm (Consultado el 12-03-05). Para Perera Planas el concubinato es aquella unión entre un hombre y una mujer, sin impedimento para casarse, que viven interna y externamente en apariencia de matrimonio, en forma permanente (*El concubinato...,* p. 23). Véase igualmente: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 157, el concubinato es un hecho jurídico *sui generis,* libre, permanente en el cual la pareja se desenvuelve a modo de cónyuges, pues habitan en común y tienen una comunidad de vida. Véase también: Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* pp. 187-191. Véase pronunciándose en contra del concubinato: Moreno Mocholi, Miguel: *El Concubinato.* Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, *Anuario de Derecho Civil,* 1951, señala radicalmente el autor que el concubinato en todas sus formas y circunstancias sin distingos suponen la oposición y rechazo más concluyente a la sagrada institución del matrimonio, revestida de excelsa dignidad (*Ibíd*., p. 23).

[2] Los concubinos como es obvio no están casados o unidos en matrimonio, ni entre sí, ni respecto de otro vínculo matrimonial con un tercero, paralelo a dicha unión de hecho. Véase *infra* N° XI.1.2.4.

Se trata así de una relación o situación fáctica[3] o de hecho[4] porque surge en forma espontánea[5] entre una pareja de diverso sexo, con una proyección de vida conjunta, tanto en el ámbito personal como patrimonial.

El concubinato, desde el punto de vista sustancial, responde a la misma idea que el matrimonio porque atiende a la circunstancia de una pareja de hombre y mujer que tienen una comunidad de intereses personales, afectivos y patrimoniales. Así pues, los concubinos desde la perspectiva de su esencia se presentan igual que los cónyuges, y de allí que el texto constitucional los equipare en sus efectos, en el caso de que tales uniones reúnan los requisitos de ley[6].

Matrimonio y concubinato tienen el mismo fin, pero difieren en su constitución y prueba; el matrimonio precisa de las formalidades de ley, en tanto que el concubinato surge en forma espontánea y natural prescindiendo de las formalidades de aquél. Esta diferencia en cuanto a su constitución se revierte en cuanto a su prueba, que obviamente será más exigente respecto a la unión de hecho estable, en razón que no existe un acta del estado civil que acredite tal situación[7].

1.2 *REQUISITOS*

Se evidencia de la noción anterior la concurrencia de varios elementos o requisitos necesarios a los fines de considerar la existencia del concubinato o unión de hecho estable:

[3] Se habla de una situación fáctica o de hecho, por oposición a una situación de derecho, porque alude a un conjunto de hechos o circunstancias que en forma espontánea y sin formalidades dan origen a la situación "concubinaria" y que una vez probada –generalmente por vía judicial– produce efectos jurídicos. Véase *infra* N° XI.1.3.
[4] Véase sobre las situaciones de hecho, con especial referencia al concubinato y la posesión de estado: Ramos Sojo, *Situaciones...,* pp. 370 y ss.
[5] A diferencia del matrimonio que precisa de las formalidades consagradas en los artículos 44 y siguientes del Código Civil.
[6] Véase sobre los requisitos *infra* N° XI.1.2.
[7] Véase sobre la prueba *infra* N° XI.1.3.

1.2.1 *Unión entre un solo hombre y una sola mujer*

El concubinato supone la unión de personas de diverso sexo. El matrimonio de conformidad con el artículo 44[8] del Código Civil sólo puede tener lugar entre hombre y mujer, y la misma exigencia es dable respecto de las uniones de hecho, dada la asimilación sustancial entre ambas instituciones. La propia Constitución en su artículo 77 señala *"...Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer..."*. De tal suerte, que en función de la normativa civil y constitucional no es procedente la extensión del concepto de uniones de hecho estables o concubinarias a relaciones entre personas del mismo sexo[9]. Y como es obvio, adicionalmente, ha de ser una relación monogámica, a saber, entre un "*solo*" hombre y una "*sola*" mujer[10].

1.2.2 *Estabilidad*

Tales uniones deben ser estables o permanentes, es decir, con miras a perdurar en el tiempo, pero con una proyección de vida conjunta o común. La palabra "*estables*" igualmente encabeza la redacción del artículo 77 de la Carta Magna. Esto se opone a relaciones pasajeras o temporales, que evidentemente pretenden compartir únicamente una porción de tiempo o recreación y no una comunidad de vida. Creemos, sin embargo, que la idea de "estabilidad" no depende de un número determinado de años, puesto que nuestro ordenamiento no establece un

[8] Que prevé: "El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer...".

[9] En el estado actual de nuestro derecho, una unión de hecho entre personas del mismo sexo no generaría en modo alguno una comunidad concubinaria, sino a todo evento, si fuere el caso, la existencia de una comunidad ordinaria de bienes, en atención a la misma idea que según veremos podría justificar la existencia de una sociedad o comunidad ordinaria si uno de ellos está casado. Véase al respecto, *infra* N° XI.2.2.1 Véase también *infra* N° XII.4 (TSJ/SConst, Sent. N° 190 del 28-2-08)

[10] La expresión "solo" y "sola" es utilizada por el artículo 44 del citado Código Civil para referirse al matrimonio y ciertamente es extensible al concubinato por responder a la misma esencia de aquél.

tiempo mínimo necesario del cual se deduzca la "estabilidad"[11]. De allí que lo que se descarta es la idea de uniones que pudieran estar enlazadas en forma meramente circunstancial, así como aquellas relaciones que aunque duraderas no suponen una comunidad de vida en los mismos términos de marido y mujer. Cita Núñez una decisión judicial que señala que se precisa que la unión tenga verdadera "*consistencia*", lo que la diferencia del encuentro fugaz, propio a satisfacer un deseo carnal, temporal e instantáneo; por el contrario, se precisa afrontar todos los problemas que impone la vida diaria, trabajando el uno para el otro, con auxilio mutuo y natural desinterés[12].

1.2.3 *Tratamiento recíproco de marido y mujer*

Es necesario, y de allí la similitud con el matrimonio, que la pareja se propicie el trato recíproco de marido y mujer. De tal suerte que aunque no se presenten como "cónyuges", se ofrezcan entre sí un trato equivalente. Preferimos hablar de un trato recíproco de marido y mujer en lugar de que se trate de una relación pública y notoria[13] por cuanto si bien lo natural es que los terceros conozcan la situación, es perfectamente posible que tenga lugar una relación que no sea ampliamente divulgada y, sin embargo, los concubinos se han propiciado recíprocamente el trato de marido y mujer. Los posibles convencionalismos o la reserva de la pareja puede matizar la notoriedad y ello en modo alguno puede ser óbice para la procedencia de la correspondiente unión concu-

[11] Véase: Bernard Mainar, Rafael: *Efectos Jurídicos Civiles de las uniones de hecho.* En: *Revista de la Universidad Católica Andrés Bello N° 56,* 2001, p. 120, nota 1, el autor cita otras legislaciones que establecen un tiempo mínimo en este sentido. Véase: http://www.araujoejafet.com.br/concub.htm consultada el 12-3-05, refiere que la legislación brasilera exige una relación superior a cinco (5) años. Véase también: Hernández de Sojo Bianco, Milagros: *El derecho de los concubinos a heredarse, según el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. En: *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, p. 703, refiere que no establece el legislador un lapso de duración de esa unión pero se descartan relaciones casuales.

[12] Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* p. 14, cita sentencia de la Audiencia de La Habana N° 175 de 27 de abril de 1944. Destacado nuestro.

[13] Por su parte González Fernández, refiere como elemento "externo" además de la inexistencia de impedimento matrimonial que se tiene apariencia de matrimonio porque los concubinos "se desenvuelven en su trato como si estuviesen casados" (*El Concubinato...,* pp. 76 y ss., Destacado nuestro).

binaria. Como en esta materia resulta procedente *mutatis mutandi*[14] la noción de posesión de estado y se ha indicado que de los elementos que conforman la misma el más importante y suficiente por sí solo, es efectivamente el *trato*, creemos que éste es suficiente para probar la correspondiente unión de hecho estable[15]. La notoriedad no presenta así un carácter fundamental[16] y en consecuencia ha de entenderse como la mera posibilidad de que algún tercero conozca dicha unión, sin que en modo alguno sea necesario un conocimiento amplio de la relación por parte del entorno social.

1.2.4 *Que ninguno de los concubinos esté casado*

En Venezuela la procedencia del concubinato precisa que ninguno de los concubinos esté casado. Tal requisito se deriva de la parte final del artículo 767 del Código Civil que consagra la comunidad concubinaria y

[14] Cambiando lo que pueda cambiarse.
[15] En este sentido, si el concubinato fuese considerado un estado civil, como en efecto veremos *infra* N° XI.1.3, debe recordarse que de los tres elementos principales mas no concurrentes de la posesión de estado (nombre, trato y fama) el más importante ciertamente es el trato, pues los otros pueden faltar según las circunstancias. Así pues en materia de posesión de estado, el elemento "fama" es una proyección del elemento "trato" reflejando a los ojos de los terceros; siendo así es posible que el elemento trato no haya trascendido ante los demás y sin embargo, existe posesión de estado, que será probada acreditando el más importante de los elementos, a saber, que las partes se han propiciado el correspondiente "trato", pues tales elementos no son concurrentes. Los convencionalismos o la simple reserva pueden llevar a la pareja o a uno de sus miembros a no darle publicidad a la unión de hecho estable. En tal caso, la unión podrá ser perfectamente probada con todo género de pruebas. De allí que resulte improcedente rechazar una acción concubinaria pretendiendo presentar testigos que declaren que les consta que las partes no eran concubinos, porque no encuentra aquí aplicación la prueba de un hecho negativo, toda vez que ello no desvirtúa la posibilidad de que otras personas conocieran de la existencia de la relación concubinaria o que la misma pueda ser probada con otros medios de prueba. A veces se aprecia inclusive el reconocimiento extrajudicial del concubinato ante un funcionario público.
[16] Indica acertadamente Bocaranda que de todos los elementos del concubinato, la notoriedad es el único, que no pertenece a la esencia de éste. Su importancia no es pues, substancial, en cuanto no contribuye, necesariamente, a una definición fundamental de la relación concubinaria. Sin embargo, tiene una importancia adjetiva de carácter probatorio, toda vez que constituye el puente entre la existencia del conjunto de los demás elementos y la existencia de la relación concubinaria. (Bocaranda Espinoza, *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales...,* pp. 44 y 45)

descarta la misma si "uno de ellos está casado"[17]. Norma que permanece inalterable por el artículo 77 de la Constitución, pues éste alude a aquellas uniones "*que cumplan los requisitos establecidos en la ley*". La jurisprudencia ha sido constante en torno a la necesidad del presente requisito[18]. Si uno de los convivientes está casado no es posible sostener la existencia de una unión concubinaria; ni siquiera la posibilidad de una comunidad concubinaria que es su efecto patrimonial fundamental. Sin embargo, como veremos, en tales casos, es factible la existencia de una comunidad ordinaria o sociedad[19].

1.2.5 *Unión espontánea y libre*

El concubinato como situación fáctica surge en forma natural, espontánea y libre, por el simple deseo recíproco de hombre y mujer. De allí que de esa misma forma se extingue[20]. La coacción ejercida respecto de uno de los miembros de la pareja a los fines de propiciar la relación descarta la existencia de la unión de hecho estable. De allí que algunos autores se refieran al concubinato como una unión "*aceptada mutuamente*"[21], así como con las características de permanente, estable y "*libre*"[22].

1.3 *PRUEBA*

La ley en ocasiones se refiere expresamente al concubino para ciertos efectos jurídicos[23]. El concubinato es una situación fáctica o de hecho[24], que para surtir efectos legales debe ser probada. Esta prueba ciertamente como bien ha indicado la doctrina precisa –en principio– del control judicial.

---

[17] La parte final de la norma que consagra la comunidad concubinaria dispone que: "...Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado".
[18] Véase en este sentido; DFMSC8, Sent. 7-12-84, J.R.G., T. 88, pp. 144 y 145; CSJ/Cas., Sent. 7-3-91, J.R.G., T. 116, pp. 413 y 414; AMCSCMT1, Sent. 8-5-01, J.R.G., T. 176, pp. 9-11.
[19] Véase *infra* N° XI.2.2.1.
[20] Véase *infra* N° XI.2.3.1.
[21] Véase Estrada Piedrahita y Indaburu Lizarralde, *Ob. Cit.,* p. 63.
[22] Véase: Hurtado Cárdenas, *Ob. Cit.,* p. 37 (Destacado nuestro). En el mismo sentido de "libre": D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 157.
[23] Véase: Ley Orgánica del Trabajo, artículos 132 y 568, literal b; artículo 17 de la Ley sobre Trasplantes de Órganos.
[24] Señala Humberto Ruiz que el concubinato es un hecho que si bien no produce los efectos del matrimonio, origina lazos de hecho que entrañan relaciones de derecho. (*Ob. Cit.,* p. 83).

Es de advertir que cierto sector de la doctrina ha hecho alusión a la posesión de estado de *concubinos*[25]. En opinión de Bocaranda, entre concubinos existe una situación concubinaria y no un estado concubinario[26]. De allí que si logra admitirse en esta materia la posesión de estado de "concubinos", debe concluirse que la posesión de estado requiere del control judicial para su aplicación[27], pues es una prueba impresentable en el tráfico y sólo apta para hacerse en un expediente o litigio[28].

La situación concubinaria implica la problemática del hecho en el derecho, pues, en efecto, el concubinato al igual que la posesión de estado es una situación de hecho que puede proyectarse en el orden legal para dar lugar a importantes efectos jurídicos[29].

En el ámbito del Derecho de Familia es innegable que una vez probado el concubinato, la ley le atribuye importantes consecuencias jurídicas; muestra de ello es la comunidad concubinaria que consagra el artículo 767 del Código Civil[30]. Al margen de la concepción tradicional en que ha sido entendido el estado civil, limitándola al matrimonio, el concepto amplio de estado civil alude a cualidades que la ley le concede efectos jurídicos; la ley ciertamente atribuye al concubinato importantes consecuencias legales. Y el nuevo artículo 77 de la Constitución de 1999 utiliza expresamente la palabra "*efectos"*, noción esencial que define al estado civil, al indicar que las uniones estables entre un hombre y una mujer (concubinato) que reúnan las condiciones legales producirán los mismos "*efectos jurídicos*" que el matrimonio[31]. Por ello, sostenemos que el concubinato sí configura un estado civil porque de él derivan efectos jurídicos, aunque como situación fáctica o de hecho[32] –a dife-

[25] Véase: D'Jesús, *Ob. Cit.,* pp. 157, 165 y 167.
[26] Bocaranda, *Guía...*, p. 144.
[27] Véase: Ramos Sojo, *Situaciones...,* p. 376. Dicho todo esto, es importante la consideración de Ramos en el sentido de que la posesión de estado no tiene valor en sí misma sino a través del control judicial inducido por la ley. Porque la posesión de estado es sustitutiva del título de estado.
[28] Lacruz Berdejo y otros: *Elementos de Derecho Civil I...,* Vol. II, p. 37.
[29] Sobre la situación del hecho en el derecho y el estudio del concubinato y la posesión de estado como ejemplos interesantes, véase: Ramos Sojo, *Situaciones...,* pp. 370 y ss.
[30] Véase: Domínguez Guillén, *El Estado Civil...,* pp. 375-377.
[31] *Ibíd*., pp. 376 y 377; Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 560 y 561.
[32] y de allí la expresión "unión de hecho".

rencia del matrimonio– debe en principio probarse judicialmente, lo cual generalmente tiene lugar a raíz de su extinción, a saber, cuando constituye un estado pretérito.

De tal suerte que el concubinato generalmente para surtir efectos patrimoniales, a falta de reconocimiento de las partes, debe hacerse valer judicialmente a través de una acción merodeclarativa[33] o mediante una acción de partición concubinaria[34], aunque para algunos ésta precisa previamente la primera[35]. Evidentemente la intervención del órgano jurisdiccional no será necesaria si la parte interesada o sus herederos reconocen en forma auténtica la relación a los fines por ejemplo de una partición amigable o no contenciosa.

Creemos que en términos generales, la prueba del concubinato precisa de esa sentencia, salvo que la ley o la propia dinámica de la situación releven de ello[36]. Y lo anterior encuentra sentido precisamente en aquellos casos donde se ha disuelto el concubinato por muerte o por separación, a falta de reconocimiento el reclamante o sobreviviente tendrá que acudir ante el órgano jurisdiccional para que éste se

[33] Dicha acción pretende –a falta de otra posible– la mera declaración de la relación concubinaria, la cual puede ser necesaria para reclamar cierto efecto jurídico como prestaciones laborales del concubino fallecido o pretensión sucesoral. (Sobre esta posibilidad, véase sentencia del 24-6-04 Expediente 26.759 Juzgado Décimo de Primera Instancia Civil..., citada *infra* N° XI.2.2.2). Véase: Bocaranda, *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales...*, pp. 144 y ss., señala que la acción merodeclarativa se limita a declarar la mera existencia del concubinato, porque ésta puede ser vital, por ejemplo, a los fines de reclamaciones laborales o referidas al seguro social. Véase también: Hernández de Sojo Bianco, *El derecho...*, p. 711, la autora, a pesar de no considerar procedente la vocación hereditaria de los concubinos, reseña que el Servicio Autónomo de Administración Aduanera yTributaria ha reiterado que el interesado debe acudir a un Tribunal de Primera Instancia Civil, a objeto de que declare por sentencia definitivamente firme su condición de concubino, toda vez que los derechos concubinarios se tienen por reconocidos a través de un órgano jurisdiccional.

[34] Véase: Bocaranda, *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales...*, pp. 133 y ss., refiere que la acción concubinaria declarativa de condena pretende la partición de la comunidad concubinaria pero no puede abstraerse de la relación concubinaria. Véase: AMSSCMT7, Sent. 10-7-00, J.R.G., T. 167, pp. 39 y 40.

[35] Veremos *infra* N° XII.3, que recientemente la jurisprudencia ha interpretado que para demandar la partición se precisa primero acudir a una acción merodeclarativa que declare existencia de la unión de hecho.

[36] Por ejemplo, en materia de seguros de hospitalización, cirugía y maternidad, donde la propia parte incluye a su concubina.

pronuncie respecto a la relación concubinaria y su tiempo de vigencia a los fines pertinentes. El reconocimiento extrajudicial que hicieran los concubinos previamente sobre la unión[37] no exonera de tal requisito, simplemente como es obvio aligerará la carga probatoria, pero el actor tiene la carga de la prueba respecto al tiempo de duración de la unión de hecho estable[38]. En un sentido semejante, el concubinato preexistente entre una pareja que posteriormente contrae matrimonio no puede ser desvirtuado por la circunstancia de no haberse expresado que es para regularizar una unión concubinaria[39].

Quien pretenda los efectos derivados de una unión concubinaria tiene la *carga de la prueba*, en cuanto a la existencia y duración de la misma. La ventaja del matrimonio sobre el concubinato radica en la facilidad que constituye la prueba preconstituida. Desde el punto de vista formal, matrimonio y concubinato se distinguen en cuanto a su prueba; una será el acta de matrimonio, otras será la correspondiente sentencia[40]. La

---

[37] Se aprecia en la práctica que se acude a tales declaraciones realizadas ante un funcionario público, porque le son requeridas a las partes para ciertos negocios jurídicos, como contratos de seguros, crédito, etc. Ello a los fines de acreditar para ese caso el estado sin necesidad de acudir a un proceso judicial. Sin embargo, para otros como la generalidad de los de contenido patrimonial que aquí se analizaran será necesario la correspondiente sentencia.

[38] Así la parte podrá probar el concubinato con la declaración hecha ante un funcionario público, como es el caso de un documento autenticado, y ello será fundamental desde el punto de vista probatorio, pero insistimos ello no exonera la necesidad de acudir a la declaración o sentencia judicial porque como se trata de una situación de hecho, se debe precisar el tiempo de duración de la misma. Y para reclamar efectos sucesorales se debe probar que el concubinato existía al tiempo de la muerte del causante.

[39] Véase en este sentido: AMCSCMT7, Sent. 8-5-00, J.R.G., T. 165, pp. 19 y 20. Señala la sentencia que nada obsta para que una pareja que se haya mantenido en concubinato se case bajo las formalidades del artículo 66 del Código Civil. Es absurdo que por no casarse bajo la manera prevista en el artículo 70 del Código Civil, no se dé la presunción de comunidad concubinaria previa al matrimonio. (*Ibíd*., p. 19). Véase también: TSJ/Cas C., Sent. N° 00318 del 27-4-04, J.R.G., T. 210, pp. 650-653, dicha sentencia indica no obstante que en caso de unión concubinaria previa a la matrimonial, si la actora sólo reclamó en el libelo los bienes habidos en el matrimonio, no se puede pretender la partición conyugal y concubinaria en el mismo proceso.

[40] Así por ejemplo ante la muerte del cónyuge, la viuda a los fines de reclamar los efectos sucesorales sólo precisa acreditar su estado con la correspondiente partida de matrimonio; la concubina por su parte, para reclamar la correspondiente participación en la herencia, según veremos *infra* XI.2.2.2 tiene la carga de acudir al órgano jurisdiccional para que declare su estado de concubina, y por ende su vocación hereditaria, pues recordemos que se trata de una situación de hecho que debe hacerse valer judicialmente. Esto salvo que la totalidad de los herederos del *de cujus* concubino reconozcan expresamente su situación o estado y se proceda a una partición amigable.

carencia de formalidad en cuanto a la constitución de la unión de hecho se revierte en cuanto a la rigidez de su prueba: no podía ser menos, dada la equiparación en los efectos en cuanto a un acto solemne como es el matrimonio.

2. ALCANCE DEL ARTÍCULO 77 DE LA CONSTITUCIÓN

2.1 *PLANTEAMIENTO*

El artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 dispone:

> Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. *Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio*[41].

La última parte de la norma –a la que reducimos nuestro estudio– prevé que el concubinato o unión estable de hecho que tenga los requisitos de ley tendrá los mismos efectos que la unión matrimonial. Inmediatamente ha surgido la pregunta en torno a ¿qué consecuencias trae igualar o asimilar en sus efectos las uniones concubinarias o de hecho estables a las uniones matrimoniales?

La doctrina recientemente se ha formulado esta interesante pregunta a raíz de la citada norma constitucional[42] y la Sala Constitucional del Máximo Tribunal declaró improcedente un recurso de interpretación en

---

[41] En la legislación de Bolivia se observa una norma semejante "...Las uniones libres o de hecho, que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ellas". (CPE, 194) (Véase: www.geocities.com/eqhd/concubinato.htm, consultada el 12-3-05).

[42] Véase: López Herrera, *Consideraciones sobre algunos aspectos del régimen de la comunidad concubinaria: doctrina y jurisprudencia.* En: *Estudios de Derecho de Familia.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 113-115; Bernar Mainar, *Efectos Jurídicos civiles...,* pp. 119-136; Hernández de Bianco, *El derecho...,* pp. 697-712.

relación con dicha norma[43]. Con anterioridad señalamos al referirnos al citado artículo 77 de la Carta Fundamental que faltaría por determinar cuáles serían esos "mismos efectos jurídicos" en que la norma pretende asimilar el concubinato al matrimonio, pues la presunción de la comunidad concubinaria ya estaba consagrada en nuestra legislación[44]. A continuación presentaremos nuestro parecer en torno a cuáles son los efectos del matrimonio que serán extensibles al concubinato. Sin embargo, adelantamos de antemano que somos del criterio que la Carta Fundamental es clara en hacer extensible los "efectos" del matrimonio al concubinato, de tal suerte que las uniones estables de hecho se equiparan en cuanto a sus consecuencias, al matrimonio en la medida que sea aplicable. Esos efectos se extienden al ámbito patrimonial y personal.

Pretender que con posterioridad a la Constitución de 1999 los efectos patrimoniales del concubinato se reducen a la comunidad concubinaria del artículo 767 del Código Civil (que data de la reforma de 1982), desconoce enteramente el sentido de la nueva norma constitucional que aunque pueda no ser compartida es posterior, imperativa y clara. ¿Cómo se puede seguir sosteniendo que los únicos efectos patrimoniales entre concubinos se reducen a la existencia de una comunidad concubinaria que ya estaba consagrada en el Código Civil con anterioridad a la Constitución de 1999? Si con posterioridad a la Carta Magna de 1999 no fuesen extensibles otros efectos patrimoniales entre concubinos distintos a la comunidad concubinaria ¿qué sentido útil tendría entonces la citada norma constitucional?

---

[43] Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 1808 del 5-8-02, J.R.G., T. 191, pp. 189 y 190. Véase también: www.tsj.gov.ve Indica la sentencia: "...la Sala estima la improcedencia de la pretensión deducida, en tanto la misma no afirma explícita o implícitamente que el artículo 77 constitucional sea contradictorio con otro del mismo texto normativo, o su redacción induzca en confusión, o sea, a tal grado densa u obscura que lo haga ineficaz o inaplicable, todo lo cual encaja en el criterio de improcedencia referidos en el numeral 3.a) de este fallo. De igual modo, siendo que la solicitud en cuestión pretende que esta Sala desarrolle el contenido de dicho precepto, en el sentido de declarar que la situación en que se encuentra la ciudadana ... sea considerada como uno de los supuestos de equiparación entre una relación de hecho y el matrimonio –habida cuenta de que al hacerlo esta Sala Constitucional estaría arrogándose una competencia que es exclusiva de la Asamblea Nacional, como es la de regular situaciones jurídicas con carácter general y abstracto, sin estar autorizada en este caso para hacerlo–, la solicitud incoada también debe declararse improcedente conforme al numeral 3.c) de este fallo...". Véase *infra* Nº XII.3

[44] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* p. 561.

No cabe alegar al respecto, el carácter "programático" de las normas constitucionales[45], idea por lo demás superada por la moderna doctrina constitucional,[46] dado el carácter autoejecutable de las normas constitucionales. La propia Carta Magna refiere en su artículo 22 que la falta de ley reglamentaria no menoscaba el ejercicio de los derechos humanos, artículo que consideramos igualmente aplicable a los derechos de la persona en general y en consecuencia al ámbito que nos ocupa. No vale sostener que se precisa de una ley que desarrolle la norma constitucional o que el Código Civil no le ha concedido los mismos efectos al concubinato que al matrimonio, porque precisamente estamos en presencia de una norma de rango constitucional y carácter posterior. De allí que inclusive cualquier norma que a futuro pretenda establecer distinciones relativas al alcance de los efectos de las uniones concubinarias, estaría viciada de inconstitucionalidad y podría ser desaplicada por vía del control difuso de la constitucionalidad[47].

Mas aún, si en todo caso fuese posible la distinción entre normas constitucionales que requieren para su aplicación de un desarrollo legislativo posterior de otras que suponen *per se* una aplicación inmediata, el citado artículo 77 de la Constitución vigente, dada su redacción y su finalidad, estaría ciertamente dentro de estas últimas. Núñez trae a colación una sentencia de la Audiencia de La Habana que se pronunció en este último sentido respecto al párrafo 6° del artículo 43 de la Constitución Cubana de 1940 que pretendió equiparar al matrimonio las uniones extramatrimoniales: "...y aunque categóricamente puede sostenerse que su articulado es de indudable observancia, al descender al análisis de sus postulados, hay que diferenciar entre los de inmediato cumplimiento y aquellos que sólo fijan posturas a adoptar; los primeros como reglas obligatorias se aplican desde su vigencia, nada les resta obligatoriedad, no así los últimos... que así enunciado el problema precisa señalar si el párrafo 6° del Artículo 43 de la Constitución permite a no ser aplicado de inmediato; el ligero análisis que se haga produce la convicción de

[45] Véase sosteniendo el carácter programático del artículo 77 de la Constitución: López Herrera, *Consideraciones sobre...,*, p. 114.
[46] Véase al efecto: García De Enterría, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid, edit. Civitas, 1994.
[47] Véase artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil.

que no requiere disposición legislativa que lo desenvuelva; en su redacción se dan los elementos de derecho para dirimir toda controversia que a su calor se plantee, y si fuere suficiente por sí solo, autoriza al Juzgador, con principios de equidad, a dictar el fallo, elemento éste nuevo en el régimen de derecho, con efectos caracterizantes en una determinación judicial que se enjuiciará en esta resolución[48].

El carácter de situación de hecho del concubinato no le resta aplicación a la norma constitucional porque si bien como indicamos[49] se requiere declaración del órgano jurisdiccional, a fin de precisar su existencia y elevarlo a una situación de derecho, sus efectos patrimoniales más importantes al igual que el matrimonio entran en aplicación al momento de su disolución[50].

Otras legislaciones ya habían avanzado hace tiempo en un sentido semejante[51], concluyéndose acertadamente que la norma constitucional

[48] Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* pp. 10 y 11, sentencia de la Audiencia de La Habana N° 175 de 27 de abril de 1944.
[49] Véase *supra* N° XI. 1.3.
[50] Esto por cuanto no compartimos la opinión de López Herrera en torno a que si matrimonio y concubinato llegasen a tener los mismos efectos se obligaría a establecer un registro de concubinatos: "y a hacer intervenir a alguna autoridad administrativa o judicial que reconozca oficialmente –llegado el caso– que el concubinato en cuestión ha terminado por voluntad de alguno de los miembros de la pareja o de ambos. Pero al hacerse todo ello, dicha unión de hecho dejaría de serlo, pues se habría transformado en una situación de derecho, que requiere la intervención del Estado tanto para el reconocimiento de su existencia como también el de su disolución". *Consideraciones sobre...,,*, pp. 114 y 115). Creemos que no se trata de establecer un registro de concubinatos lo cual iría contra la evidente naturaleza espontánea del concubinato, pero como situación de hecho que es, ciertamente una vez declarada judicialmente y convirtiéndose en una relación de derecho aunque pretérita, la misma producirá efectos o consecuencias jurídicas, dentro de las cuales ciertamente están las patrimoniales. De tal suerte que la temporalidad de los efectos –siendo éstos generalmente posteriores a su certeza– no es óbice para rechazar las importantes consecuencias patrimoniales de la unión de hecho estable una vez acreditada. Al efecto cita Núñez y Núñez que equiparar en los efectos no supone igualar, porque al comparar no sería posible considerarlo igual y pretender por ejemplo una suerte de matrimonio presunto que deba ser inscrito en el Registro del Estado Civil, se trata de ser equiparada en sus efectos por su estabilidad y singularidad (Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* p. 8). La equiparación no puede tener acceso al Registro Civil porque sería identificarla con el matrimonio (*Ibíd*., p. 31).
[51] Véase: Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* p. 5, señala el autor que la Constitución cubana de 1940 tuvo lugar la institución de equiparación al matrimonio de las uniones no matrimoniales. El autor señala que fue él quien en fecha 5 de junio de 1943 a cargo del Juzgado de Primera Instancia del Sur de La Habana dictó la primera sentencia abordando el problema, criterio seguido por el Máximo Tribunal en sentencia N° 45 del 9 de abril de 1945.

es enteramente aplicable a uniones concubinarias anteriores al texto constitucional porque incluso las leyes civiles aunque no pueden alcanzar hechos ocurridos en el pasado, sí alcanza y rige las consecuencias de esos hechos[52]. El precepto constitucional tiende a regular una institución social –la familia extralegal– y sus efectos jurídicos, las consecuencias –sociales y económicas– no pueden limitarse en el tiempo al día de la vigencia de la Constitución, pues se trata de hechos acontecidos durante años de unión. Dentro de un criterio contrario, habría que llegar a la conclusión francamente antijurídica, que los casados en épocas en que no existiera el divorcio no podían disolver el vínculo autorizado por ley posterior, por no existir esa institución al contraerlo; o que los que arribaren a los veintiún años después de promulgada la ley que modificó la mayoridad, no la alcanzaban a esta fecha por haber nacido antes[53]. De tal suerte que la norma contenida en el artículo 77 de la Carta Magna no puede pretender ser aplicada a relaciones iniciadas a partir de 1999; los efectos de tales uniones se equipararan al matrimonio al margen de su fecha de inicio y culminación.

Veamos pues, cuáles son esos efectos o derechos patrimoniales y personales que tienen en común el matrimonio y el concubinato en razón de la nueva norma constitucional.

2.2 *EFECTOS PATRIMONIALES*

2.2.1 *Comunidad concubinaria*

Ciertamente entre los concubinos existe una comunidad de bienes, denominada por la doctrina comunidad concubinaria[54]. Esa unión permanente de vida y esfuerzos entre un hombre y una mujer, evidentemente

[52] Véase: *Ibíd*., pp. 15 y 16. Eduardo Núñez cita un artículo publicado en las páginas 137 y 138 de la Sección de Asuntos Generales del Repertorio Judicial de 1944 titulado "Sobre Unión Extramatrimonial".
[53] Véase: *Ibíd*., p. 16.
[54] Véase sobre la comunidad concubinaria: López Herrera, *Consideraciones sobre...,*, pp. 89-115; Bocaranda Espinoza, Juan José: *La Comunidad concubinaria ante la Constitución Venezolana de 1999: El amparo constitucional declarativo.* Caracas, ediciones Principios-Vigencia, 2001; Bocaranda Espinoza, *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales...,* Bocaranda Espinosa, *La comunidad concubinaria en el nuevo Código Civil 1982...,* pp. 9 y ss.; González Fernández, *El concubinato...,* 242-276.

se proyectará en el ámbito económico. La comunidad concubinaria está consagrada en el artículo 767 del Código Civil, norma en tales términos que se incorporó en la Reforma de 1982:

> Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro.
>
> Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos esta casado.

El Código Civil de 1942, en su artículo 767, establecía una presunción de comunidad concubinaria pero obligaba a la concubina a probar su aporte a la comunidad[55]. La norma vigente consagra acertadamente la presunción de comunidad concubinaria sin distinción de género a la vez que no exige la prueba de la contribución a la formación del patrimonio común. Dicha comunidad, al igual que la conyugal[56], sólo precisa de la prueba del concubinato y su tiempo de vigencia por lo que en modo

---

[55] El artículo 767 del Código Civil de 1942 disponía: "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre ellos y los herederos del otro, salvo el caso del adulterio". Véase sobre el régimen concubinario en la normativa del Código Civil de 1942: Tovar Lange, Silvestre: *El cuasicontrato de comunidad en el concubinato según la legislación venezolana.* Madrid-Caracas, Ediciones EDIME, 1951; Llinasvega, Julián: *Teoría del Derecho conculcado en el régimen patrimonial de la comunidad concubinaria.* Instituciones Jurídicas Venezolanas N° 1. Caracas, Gráfica Americana C.A., 1967.

[56] La presunción de gananciales que de conformidad con el artículo 148 del Código Civil rige el ámbito patrimonial del matrimonio, precisamente encuentra sentido para evitar discusiones subjetivas en torno al aporte de cada uno de los copartícipes, cualquiera que sea éste aporte, dada la naturaleza de la unión las ganancias son comunes de por mitad. La comunidad concubinaria consagrada en el artículo 767 *eiusdem* refleja exactamente la misma idea que inspira la comunidad conyugal en sus artículos 148 y siguientes.

alguno se requiere probar que el trabajo ha contribuido al aumento del caudal común[57].

Así pues son comunes de por mitad las ganancias o bienes habidos en la comunidad concubinaria. Y se admite que se apliquen en esta materia por analogía las normas correspondientes a la comunidad conyugal, por responder a la misma razón y sentido[58].

Como indicamos el concubinato precisa de la inexistencia de vínculo matrimonial, y en consecuencia ninguno de los concubinos puede estar casado, porque ello descarta automáticamente sus efectos, incluyendo la comunidad concubinaria[59]. Bocaranda Espinoza ha considerado injusta esta exigencia en un medio social como el nuestro y llega a admitir por razones de justicia la posibilidad de una comunidad concubinaria aunque uno de los concubinos esté casado[60]. A nuestro parecer que si uno de los concubinos está casado, la solución de justicia en tales casos no se resuelve por vía de la comunidad concubinaria, que estaría expresamente descartada por la parte final del artículo 767 del Código Civil que traduce una idea de orden público o buenas costumbres. Pensamos que en tales casos sería posible admitir la existencia de una *comunidad ordinaria* o una sociedad, porque ésta simplemente responde a la idea de un aporte común (que puede ser en dinero o en esfuerzo) a los fines de lograr un fin, también común. Sería absolutamente injusto pretender la inexistencia de dicha comunidad ordinaria en función del estado civil

[57] Véase en este sentido: AMCSCMT3, Sent. 30-11-99, J.R.G., T. 159, pp. 25-27. Véase también: TSJ/Cas., Sent. 15-11-00, J.R.G., T. 170, pp. 405 y 406, no se exige ahora probar que el trabajo de la mujer fue fructífero o beneficioso como lo exigía alguna jurisprudencia consolidada antes de la reforma parcial del Código Civil llevada a cabo en el año de 1982, no sólo porque tal interpretación destruiría la presunción con que se quiso defender a la mujer sino que además se colocaría en situación de inferioridad, de desigualdad frente al hombre, cuyo trabajo se supone siempre más lucrativo (*Ibíd*., p. 406).

[58] Véase en este sentido: López Herrera, *Consideraciones sobre...,* p. 111; Bernar Mainar, *Efectos jurídicos civiles...,* pp. 128, Se actúa con arreglo a las normas de la comunidad conyugal.

[59] Véase *supra* N° XI.1.2.4.

[60] Véase en este sentido: Bocaranda, *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales...,* pp. 38-40, el autor sostenía la posibilidad de la existencia de la comunidad concubinaria no obstante el estado de casado de alguno de los convivientes, y al efecto distinguía cinco (5) hipótesis posibles; señalaba que en casos de interferencia extramatrimonial el Juez debe buscar una solución de equidad. (*Ibíd*., pp. 39 y 40).

de uno de los socios o comuneros[61]. Algunos refirieren incluso la posibilidad de una comunidad sobre bienes determinados[62]. Creemos que es una interpretación que aunque no sea compartida por muchos ofrece una salida justa sin alterar la prohibición expresa de la norma sustantiva o la noción de orden público. Lo contrario ciertamente conllevaría a situaciones injustas y que rozarían el límite del enriquecimiento sin causa si alguien ha unido esfuerzos personales y económicos en una comunidad. Esto, en modo alguno, supone desplazar el sitial que pretende justamente darle la ley al estado de cónyuge. Vale indicar, que la posibilidad de la comunidad ordinaria en tales casos se limita al ámbito patrimonial por lo que no entrarían en modo alguno en aplicación la mayoría de los efectos patrimoniales y personales que estudiaremos respecto del concubinato.

2.2.2 *Vocación hereditaria*

La escasa doctrina que ha examinado el artículo 77 de la Constitución se ha pronunciado en torno a la improcedencia de la vocación heredita-

---

[61] Si dos personas al margen de su estado civil y del entorno de su situación unen sus esfuerzos personales y económicos con un fin común ello responde al sentido de la comunidad o sociedad, independientemente de la forma que se asuma. Comentaba Alirio Abreu Burelli en unas Jornadas años atrás (El Juicio de Partición de Bienes, Caracas 20 al 23 de abril 1992, Instituto de Práctica Jurídica), que eso era tanto como decir que cuando se pretendan dividir las ganancias de una sociedad conformada por ejemplo por un escritorio jurídico o bufete integrado por hombre y mujer, se pretendiera desconocer la existencia de dicha comunidad porque uno de ellos está casado; de allí que era perfectamente posible admitir la validez y existencia de una comunidad ordinaria o sociedad. Véase al respecto comentario de López Herrera, *Consideraciones sobre...,* p. 105, señala que la comunidad concubinaria descarta el concubinato adulterino pero "nadie discute que siempre y en todo caso, independientemente de que exista o no una situación de concubinato o de que éste, en caso de existir, sea adulterino, toda persona tiene el derecho de ejercer las acciones que legalmente le correspondan, civiles, mercantiles o laborales, a los fines de que el respectivo deudor –sea quien fuere– le reconozca y satisfaga el producto del trabajo que ella haya efectuado para él".

[62] Bernard comenta que ello no impide que se pueda afirmar en supuestos específicos que ha existido una sociedad particular sobre determinados bienes que han sido gestionados en común o se han ostentado en común durante la convivencia. Incluso no sería descartable el concepto de sociedad mercantil aunque fuera de naturaleza irregular, puesto que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes se ha generado un patrimonio común. (Bernard Mainar, *Efectos jurídicos civiles...,* p. 129). Pero nosotros pensamos que en tal caso continuaríamos dentro de la idea de concubinato o unión de hecho. La idea y ejemplo que coloca el autor más bien nos parece útil para justificar la posibilidad de una comunidad ordinaria o sociedad distinta a la concubinaria cuando uno de los comuneros esté casado.

ria en las uniones de hecho estables[63]. Por nuestra parte, pensamos que una vez probado judicialmente el concubinato o unión de hecho estable, ciertamente éste de conformidad con la norma constitucional tiene los mismos efectos que el matrimonio, y entre los cuales se encuentra obviamente la vocación hereditaria.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela va más allá de la mera existencia de la comunidad de bienes[64] al consagrar en su artículo 77: "...Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio".

Significa que la Carta Magna le concede a las uniones concubinarias o uniones de hecho estables que reúnan los requisitos de ley los mismos efectos o consecuencias que al matrimonio. Ciertamente tales efectos superan la mera existencia de una comunidad de bienes, porque ésta última ya se encontraba consagrada en el citado artículo 767 del Código sustantivo con anterioridad a la entrada en vigencia del Texto Constitucional. Es de concluir entonces que son otros efectos distintos a la comunidad patrimonial los que la Constitución pretende extender a los concubinos, a saber, aquellos derechos que por naturaleza serían igualmente predicables respecto de marido y mujer, independientemente del vínculo matrimonial porque la idea que los inspira es la misma.

La proyección del citado artículo 77 de la Constitución igualmente permite equiparar en los efectos sucesorales a las uniones de hecho porque

---

[63] Véase en este sentido: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos civiles...*, p. 133, señala que "...estableceremos como principio básico que podrá ser objeto de matizaciones y modulaciones en casos concretos y especiales: no existen derechos sucesorios legales o ab intestato entre los convivientes". Véase igualmente: Hernández de Sojo Bianco, *El derecho...*, p. 708, señala la autora que no es posible que existan otros derechos patrimoniales atribuibles a los concubinos distintos al establecido en el artículo 767 del Código Civil y a su decir lo afirma porque conoce opiniones que pretenden extender estos derechos patrimoniales a los derechos sucesorales y éstos no se encuentran establecidos en el CC entre los derechos de los concubinos. Sin embargo, la autora titula su estudio: *"El derecho de los concubinos a heredarse, según el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"*, no obstante concluir que no existe tal derecho. Concluye la autora: "...atribuir derechos sucesorios a los concubinos no establecidos en la ley, significa asimilar las uniones de hecho a las matrimoniales, con las consecuencias jurídicas, sociales y económicas que ello acarrearía". (*Ibíd*., p. 712).

[64] Véase *supra* N° XI.2.2.1.

la razón que inspira la sucesión hereditaria es la misma que orienta la norma constitucional; si la esposa es llamada a heredar a su consorte de conformidad con el artículo 823 del Código Civil, ciertamente la concubina tiene igual derecho. La especialidad del vínculo y el estrecho afecto que la ley presume une al *de cujus* con el heredero, es el fundamento que inspira la vocación hereditaria; es indudable que tales elementos llevan a sostener tal vocación respecto de la concubina en la sucesión *ab intestato* o sin testamento[65].

De manera pues, que la disposición constitucional que consagra los mismos efectos del matrimonio a las uniones de hecho estables, ciertamente extiende la vocación hereditaria de la concubina en los mismos términos que es predicable respecto del matrimonio. No es otro el sentido del citado artículo 77 de la Carta Fundamental y ello es perfectamente consecuente con el propio valor de justicia que orienta la Constitución[66], porque si la unión y el afecto es la idea que orienta la sucesión hereditaria, la misma ciertamente está presente en el caso de una unión de hecho estable.

De allí que se pueda llegar a la conclusión que una vez acreditado y probado judicialmente la situación de hecho concubinaria, en función de la citada norma constitucional, ha de sostenerse la vocación hereditaria de la concubina o del concubino. En consecuencia, el órgano jurisdiccional al conocer de la acción merodeclarativa podría –a petición del actor– pronunciarse en torno al derecho del concubino de suceder al causante como si se tratara de su cónyuge. Se precisa obviamente que el concubinato exista al momento de la muerte del *de cujus*.

Dicha interpretación la encontramos en una sentencia de fecha 24 de junio de 2004 dictada por el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo

[65] Las interrogantes en esta materia deberán tener por norte las normas correspondientes en materia de sucesión hereditaria. Y así por ejemplo, no podría el concubino en vida desconocer por vía testamentaria la legítima que le correspondería a su concubina en aplicación de los artículos 883 del Código Civil.
[66] Véase artículo 1 de la Constitución.

Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas[67] que prevé:

> Probada como ha sido la convivencia entre los ciudadanos... y ...desde 1979, durante la cual sus conocidos les tuvieron pública y notoriamente como marido y mujer, y éstos establecieron un hogar común, tratándose entonces de una unión de hecho estable, este Juzgado aprecia los elementos de convicción antes valorados en forma positiva y encuentra plenamente probado el concubinato, pretende la actora sea declarada, y por ello, en efecto se la declara en este acto. Y así se decide.
>
> Como quiera que la parte actora también solicitó que se le declarara como única y universal heredera de su concubino..., el Juzgado al respecto observa:
>
> El artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: "...Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio...".
>
> A criterio de este Juzgado, la norma transcrita no ha limitado ni especificado los efectos del matrimonio que el concubinato produzca, y por ello no le es dado a este órgano jurisdiccional interpretar restrictivamente dicha norma jurídica, como tampoco es procedente ese tipo de interpretación cuando de derechos de los particulares se trata. Por esa razón, los efectos que producirá el concubinato habrán de ser efectos personales y patrimoniales similares a los del matrimonio, entre los cuales se encuentra la vocación hereditaria del cónyuge, y en este caso, de la concubina.

[67] Expediente N° 26.759, Acción Merodeclarativa, Juez Iván Enrique Harting Villegas (revisada en original). Véase en el mismo sentido: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, Sent. 21-9-04. Exp. N° 2343, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/1179-21-2343-.html. "De conformidad con el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela SE DECLARA que ese concubinato produce los mismos efectos del matrimonio, es decir, que la concubina es heredera del ciudadano..." .

> No obsta, para quien suscribe el presente fallo, que entre los concubinos herede el sobreviviente, pues si bien para este Tribunal ninguna situación de hecho podrá generar mayor certeza y seguridad que el matrimonio, es innegable que los concubinos –aparte del vínculo legal que sí une a los cónyuges– no tienen nexos de consanguinidad, sino de afinidad, establecen un hogar común, procrean hijos y comparten un patrimonio. *No aplica este Juzgado restricción legal alguna al respecto, pues la jerarquía de la norma constitucional, aunada a su condición de ley más reciente, derogan cualquier disposición que colida con ella*[68].

Y en un sentido semejante refería Núñez, a propósito de una sentencia dictada el 5 de junio de 1943 por el Juzgado de Primera Instancia del Sur de La Habana que cabe perfectamente en el caso que nos ocupa: "La Constitución con criterio humano y jurídico, dándose cuenta de la naturaleza del ser humano, que obedece, desde el punto de vista de la reproducción a reglas inflexibles biológicas, ha querido, no brindar protección, pero sí reglar en todos sus aspectos la aproximación "fuera de solemnidades" del hombre y la mujer para que no se convierta en arbitraria y sin medida, reconociéndola, no como matrimonio con el que no establece identidad, sino con el que lo compara para considerarlo igual al efecto que no queden sin amparo los derechos de asistencia y de **sucesión**"[69]. "La equiparación constitucional al matrimonio comprende, al considerarlos iguales sin identificarlos, todos los efectos sociales y económicos que el primero produzca en tanto en cuanto se enmarquen y desenvuelvan dentro de los deberes de asistencia y **sucesión** que con la protección a la familia se quieren regular y garantizar; traduciéndose los beneficios económicos a la mujer en la cuota hereditaria

[68] Agrega la sentencia: "En consecuencia, este Tribunal sin perjuicio de terceros de igual o mejor derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara heredera del *de cujus*..., a su concubina, la ciudadana..., plenamente identificada en autos. Y así se decide... Por las razones anteriores, este Juzgado... declara con lugar la demanda interpuesta por..., y se le declara concubina y heredera del ciudadano..., ambas partes suficientemente identificadas en el presente fallo". (Destacado nuestro).

[69] Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* p. 19 –Destacado nuestro–. El autor cita sentencia de su propia autoría desempeñando el cargo de Juez.

que a la viuda correspondería si la extinción de la unión extramatrimonial ocurre por muerte y si por otro motivo, por las reglas del Código relativas a la disolución de la sociedad de gananciales que de hecho existe y que, si antes no era legal y fue constantemente repudiada por la jurisprudencia, hoy ha asumido ese carácter en mérito a la Constitución que no es más que una Ley de grado superior a las demás"[70].

De tal suerte que a raíz de la nueva Constitución ha de admitirse la vocación hereditaria de los concubinos. Así pues, previa partición de la comunidad concubinaria si fuere el caso, la concubina o el concubino, concurrirá en la herencia de que se trate de la misma forma que el cónyuge. Con anterioridad al texto constitucional la ley tímidamente había reconocido cierta participación sucesoral a nivel concubinario[71].

Adicionalmente, dentro de vocación hereditaria del concubino, la doctrina se ha referido a la posibilidad de heredar la pensión de viudez en caso de necesidad[72].

2.2.3 *Indemnización por daño moral*

Igualmente, la indemnización por daño moral[73] prevista en el artículo 1.196 del Código Civil, en caso de muerte de la víctima a los "parientes, afines o cónyuge" debe por justicia extenderse al concubino porque si se equipara al cónyuge en sus efectos, es obvio que el concubino igualmente sufre un dolor espiritual por la pérdida de la vida de su pareja[74].

---

[70] *Ibíd*., p. 21 (Destacado nuestro).

[71] Véase en este sentido: D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 176, refiere el autor que existen normas particulares que permiten hablar de un llamado hereditario extrapatrimonial contenidos en las Leyes de Reforma Agraria y la Ley del Seguro Social, que fueron los primeros escalones salvados al establecer la posibilidad para la concubina de tener una suerte de vocación hereditaria, aunque limitada. Vale citar actualmente los artículos 132 y 568, letra b de la Ley Orgánica del Trabajo.

[72] Véase: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos civiles...,* pp. 133 y 134, señala que el Tribunal Constitucional Español lo ha negado reiteradamente pues el beneficiario debe estar casado pero dado la necesidad digna de protección se ha de pensar en la posible extensión de la pensión de viudez a la pareja de hecho.

[73] Sobre el daño moral, véase nuestro trabajo: *Aproximación...,* pp. 256-288.

[74] Véase en este sentido: Perera Planas, *El Concubinato...,* p. 241, el autor se pronuncia afirmativamente ante la posibilidad del concubino de ejercer la acción de daños y perjuicios en caso de muerte.

2.2.4 *Obligación alimentaria*

La doctrina admite el derecho a alimentos entre concubinos[75]. La obligación de alimentos, se puede hacer efectiva en el caso de las personas indicadas en la ley cuando tienen lugar los requisitos de procedencia de la misma[76]. La obligación de alimentos a favor del cónyuge está consagrada en los artículos 139 y 286 del Código Civil y se inspira en el socorro económico que ofrece el consorte que tiene capacidad económica al que se encuentra en estado de necesidad.

No obstante, en virtud de la naturaleza espontánea de la unión concubinaria vemos difícil la aplicación de la obligación alimentaria, pues la procedencia de ésta en caso de cónyuges precisa de la vigencia del vínculo pues en principio no existe obligación de alimentos entre ex cónyuges[77] por lo que tampoco existiría entre ex concubinos[78]. De allí la dificultad de pretender judicialmente tal obligación en el concubinato, pues éste se extingue por la sola voluntad de una de las partes, y la vigencia del vínculo es requisito de procedencia de la pretensión de alimentos[79]. Sin embargo, de darse el supuesto excepcional de mantenerse vigente un concubinato respecto del cual media una sentencia de

[75] Véase: Hernández de Sojo, *El derecho...,* p. 708. Por su parte, Bernard Mainar señala que podría pactarse la creación de esa obligación, *Efectos jurídicos civiles...,* p. 124. No creemos que requiera ser pactada, se deriva del propio artículo 77 de la Constitución si se acreditara la vigencia de la unión de hecho.

[76] Tales requisitos son 1.- El parentesco o el estado de cónyuge; 2.- El estado de necesidad del solicitante; y 3.- la capacidad económica del obligado.

[77] Salvo en los supuestos excepcionales del ordinal 7° del artículo 185 del Código Civil (relativo a la interdicción con causal de divorcio) y 195 CC.

[78] Véase: DFMSC8, Sent. 7-12-84, J.R.G., T. 88, pp. 145 y 146, señala la decisión que nuestro régimen familiar vigente, ni el derogado contemplan la subsistencia de la obligación de socorro después de disuelto el vínculo o declarado nulo el matrimonio. Agrega la decisión que "si eso es en el caso de matrimonio disuelto, es dable presumir que en el caso de una unión de hecho rota ninguno de los convivientes puede pretender que el otro deba socorrerlo económicamente". (*Ibíd*., p. 146).

[79] Por tratarse el concubinato de una situación de hecho, se hace necesaria su prueba en juicio aunque ya se haya disuelto dicha comunidad, para pretender por ejemplo la existencia de una comunidad concubinaria o la condición de heredero; en tales casos, generalmente el reclamo del actor procede ante la disolución de la pretendida comunidad concubinaria. La obligación de alimentos *per se* supone una unión de hecho vigente pero igualmente el pretensor debe probar su estado de concubino a fin cumplir con uno de los requisitos de la obligación alimentaria, a saber, el vínculo entre solicitante y obligado.

contenido alimentario, la misma deberá ser cumplida por aplicación de la equiparación de los efectos. El presente efecto patrimonial, a diferencia de los anteriores, exige la vigencia o permanencia de la relación concubinaria a los fines de la procedencia de la acción; esto hace inoperante el deber de alimentos entre concubinos, pues como veremos los efectos patrimoniales suelen reclamarse cuando ha cesado el cumplimiento de los deberes personales[80].

2.2.5 *Otros*

El artículo 77 de la Carta Fundamental extiende los "efectos" del matrimonio a las uniones de hecho. Dicha extensión, a nuestro criterio, es aplicable a todos aquellos efectos o derechos de contenido patrimonial como los indicados, así como cualquier otro efecto patrimonial que prevea la ley con relación al matrimonio y que por su naturaleza pueda ser aplicable. No creemos que vale alegarse para interpretar lo contrario que la ley no ha previsto o no ha desarrollado tales derechos en relación con el concubino, porque la norma constitucional no precisa de ser desarrollada o detallada a los fines de su aplicación[81]. Se trata de una norma constitucional que ciertamente tiene un carácter preeminente y además posterior a la normativa del Código Civil[82]. Es más, dado el carácter general y radical en cuanto a la extensión de tales efectos, pensamos que puede sostenerse que cualquier ley futura que pretenda limitar efectos del concubinato en relación a los del matrimonio, tendría el carácter de inconstitucional por contrariar la citada norma del artículo 77 y, en consecuencia, será susceptible de ser desaplicada por vía del control difuso de la constitucionalidad.

En conclusión, podríamos decir que todos aquellos derechos de contenido patrimonial que sean predicables respecto del matrimonio serán ex-

[80] Véase *supra* N° XI. 2.3.1.
[81] Véase: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos civiles...,* p. 135, agrega el autor que incluso con independencia de su orientación sexual.
[82] Recordemos la frase de la citada sentencia del Juzgado Décimo de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas del 24 de junio de 2004, N° 26.759: "No aplica este Juzgado restricción legal alguna al respecto, pues la jerarquía de la norma constitucional, aunada a su condición de ley más reciente, derogan cualquier disposición que colida con ella".

tensibles a las uniones de hecho estables por aplicación del artículo 77 de la Carta Magna. Por ejemplo, la extensión del usufructo respecto del cual se pactase que a la muerte del usufructurario se haría extensible al cónyuge. En España se consideró que el derecho subrogatorio del cónyuge del arrendatario era trasladable al que ha hecho vida marital[83].

Al efecto, reseña Núñez que los efectos de equiparación entre concubinato y matrimonio incluyen los económicos, a saber, todos aquellos beneficios o ventajas reducibles a dinero, tales como herencia, gananciales, asignaciones de derecho social, etc.[84]

Dada la equiparación entre matrimonio y concubinato en cuanto al ámbito patrimonial, no sería ilógico considerar –aunque fuera inusual en la práctica– la posibilidad de una suerte de contrato que pretenda regular patrimonialmente la comunidad concubinaria. Esto es, se trataría de un contrato que pretenda tener un efecto parecido a las "capitulaciones matrimoniales", *mutatis mutandi* por cuanto sería improcedente sostener los mismos requisitos como el registral. Pareciera que sería posible la existencia de un contrato que tuviera validez únicamente entre las partes, cuya regulación patrimonial esté dentro de las materias donde encuentre aplicación el principio de la autonomía de la voluntad[85].

2.3 *EFECTOS PERSONALES*

2.3.1 *Deberes y derechos*

Cabe preguntarse en función del estudiado artículo 77 de la Constitución, cuáles son los efectos personales característicos del matrimonio que serían extensibles a los concubinos.

Entre los efectos personales del concubinato algunos han señalado los mismos derechos y deberes recíprocos del matrimonio de conformidad

[83] Véase: Bernard Mainar, *Efectos jurídicos civiles...,* p. 135, agrega el autor que incluso con independencia de su orientación sexual.
[84] Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* p. 22.
[85] Tal situación no la hemos apreciado en la práctica, porque pareciera ser contraria a la propia dinámica espontánea que propicia el concubinato. González Fernández considera que si bien es ilógico pretender hablar de "capitulaciones concubinarias" porque las capitulaciones son inmanentes al matrimonio, nada impide sin embargo, celebrar pactos que pretendan excluir la aplicación de la comunidad concubinaria, *El concubinato...,* pp. 233-235.

con el artículo 137 del Código Civil, a saber, el derecho deber de cohabitar (vivir juntos), fidelidad, socorro y protección[86].

Sin embargo, pensamos que por la propia dinámica derivada de la relación concubinaria que surge en forma espontánea y de la misma forma se extingue, es muy difícil pretender una proyección jurídica de los deberes y derechos de contenido *personal* del matrimonio al concubinato, especialmente en lo que respecta a la cesación[87].

Así el deber-derecho de *cohabitación* y *fidelidad* no puede en modo alguno ser exigido judicialmente por el concubino, porque precisamente el incumplimiento de tales deberes en el matrimonio[88] simplemente da lugar a la correspondiente causal de divorcio de conformidad con el artículo 185, ordinales 1 y 2 del Código Civil, a saber, adulterio y abandono, respectivamente. Mal puede el concubino pretender una suerte de disolución judicial de su unión porque precisamente la necesidad de la declaración judicial a falta de muerte es necesaria en la institución matrimonial a través de la sentencia de *divorcio*. Contrariamente el concubino no precisa de declaración judicial para extinguir o culminar la relación, pues dado el carácter espontáneo de dicha "*unión de hecho*" la misma –a diferencia del matrimonio– culminará como situación fáctica, por la sola voluntad de una de las partes. Recordemos que estamos en presencia de una unión *espontánea* y *libre* por esencia[89].

La necesidad de acudir al órgano jurisdiccional será necesaria a falta de acuerdo entre las partes a los fines de reclamar los efectos *patrimoniales* de la unión y probar así el tiempo de duración de la misma[90]. Obsérvese que la palabra "efectos" está asociada a "consecuencias"[91],

[86] Véase: Hernández de Sojo Bianco, *El derecho...,* p. 707.
[87] El deber de socorro o auxilio económico, excepcionalmente se proyectaría entre los efectos patrimoniales si la relación sigue vigente según indicamos a través de la obligación alimentaria, aun cuando su procedencia resulta de difícil aplicación. Véase *supra* N° XI.2.2.4.
[88] Ante la imposibilidad de cumplimiento coactivo, en razón de su naturaleza.
[89] Véase *supra* N° XI.1.2.5.
[90] Véase *supra* N° XI.1.3.
[91] Véase Diccionario de la Lengua Española. Madrid, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, 1992, p. 791, "Lo que sigue por virtud de una causa".

es decir, a las circunstancias derivadas de una situación, precisamente el concubinato surte sus efectos patrimoniales una vez probado judicialmente; en tanto que los derechos-deberes del artículo 137 del Código Civil fluirán natural y espontáneamente mientras la relación perdure sin necesidad de declaratoria judicial o de los interesados[92]. Cuando sea necesaria esta última generalmente la relación concubinaria habrá cesado[93] y se acudirá a ella para reclamar los efectos patrimoniales.

Al efecto, comenta acertadamente Humberto Ruiz que no puede pretenderse ante los Tribunales el cumplimiento de los deberes y derechos personales de los concubinos, pues se trata de obligaciones simplemente naturales[94]. Y siguiendo a Valencia Zea indica que se trata de una obligación natural porque una vez cumplida no se concede acción pero de no cumplirse se carece de una acción apropiada para exigir su cumplimiento. De allí que el incumplimiento de aquéllos dará legitimación para obtener el amparo de las relaciones patrimoniales derivadas del concubinato[95].

Es forzoso concluir que si el matrimonio, con todo lo solemne y legal de su vínculo, se disuelve en vida mediante el divorcio, la unión extramatrimonial igualmente puede disolverse, no por la multitud de causales del primero, sino simple y sencillamente por cesación del hecho que le dio origen, lo que quiere decir tanto como por la voluntad de los unidos, como evento no habiendo reglamento adecuado al caso, ni precepto exactamente aplicable al punto controvertido hay que aceptar en la forma y con los resultados dichos en fuerza a la costumbre que a la voluntad de una sola de la partes, o de ambas, somete la situación de esta situación de hecho, que ocurrida en vida, o por la muerte de uno de los unidos extramatrimonialmente, marca y señala el inicio del tiempo para reclamar a título de indemnización, de reparación del daño, la colaboración del capital existente o cualquier otro móvil que apareje la titularidad de un derecho[96].

[92] González Fernández, señala la imposibilidad de los concubinos de celebrar acuerdos donde se obligan a asumir las obligaciones maritales porque ello iría en contra del orden público y las buenas costumbres, *El concubinato...,* pp. 201 y 201.
[93] Salvo en los supuestos personales indicados *infra* N° XI 2.3.3 y 2.3.4.
[94] Ruiz, *Ob. Cit.,* p. 95.
[95] *Ibíd*., p. 97.
[96] Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* pp. 35 y 36 –Destacado nuestro–. El autor cita sentencia que dictó a cargo del Juzgado de Primera Instancia del Sur de La Habana de 5 de junio de 1943.

Tampoco creemos que en esta materia –insistimos– por el carácter espontáneo que rodea la situación concubinaria pueda pretenderse la aplicación de la autorización para alejarse del hogar común prevista en el artículo 138 del Código Civil[97]. Ello porque dicha autorización pretende por esencia evitar que el cónyuge solicitante sea eventualmente demandado por abandono de conformidad con el ordinal 2° del artículo 185 *eiusdem*, y como dijimos por naturaleza la figura del divorcio no es factible en las uniones estables de hecho en el estado actual de nuestra legislación. De allí que la eventual orden judicial de salida del hogar común no pretende en modo alguno tener un sentido personal[98].

Por la propia dinámica de la "situación" de hecho concubinaria que precisa de ser probada judicialmente en cuanto a su tiempo de duración y que generalmente se acude a ello una vez culminada la misma a falta de acuerdo entre las partes, no vemos tampoco predicable respecto de la concubina la utilización del apellido de la mujer casada que establece el artículo 137 de Código Civil[99] por lo menos en lo que respecta al cambio formal ante el Servicio Nacional de Identificación. Sin embargo, la posibilidad de usar el apellido del concubino como parte de sus relaciones sociales y no a nivel de negocios jurídicos, si tuviere lugar con la venia del concubino, podría servir como elemento indicativo de la correspondiente posesión de estado.

[97] Qué prevé: "El juez de primera instancia en lo Civil podrá, por justa causa plenamente comprobada, autorizar a cualquiera de los cónyuges a separarse temporalmente de la residencia común".

[98] Para algunos se pueden establecer igualmente sanciones personales en este sentido, a saber, autorizar por ejemplo al concubino afectado a alejarse del hogar común en caso de maltrato. (Hernández de Sojo Bianco, *El derecho...,* p. 708) Sin embargo, esa sanción que pretende calificarse como "personal" pareciera presentar un fuerte contenido "patrimonial" porque ante una situación excepcional de maltrato, el Juzgador podría ordenar la salida del concubino del hogar o bien común. La autora agrega también dentro de los efectos personales el derecho alimentario entre concubinos (*Ïdem*) pero creemos como vimos *supra* XI.2.2.4 que se trata de un derecho patrimonial aunque derivado de dicha unión personal.

[99] Dicha norma prevé: "...La mujer casada podrá usar el apellido del marido. Este derecho subsiste aun después de la disolución del matrimonio por causa de muerte, mientras no contraiga nuevas nupcias.

La negativa de la mujer casada a usar el apellido del marido no se considerará en ningún caso, como falta a los deberes que la ley le impone por efecto del matrimonio".

Ahora bien, sí creemos que es posible predicar una suerte de noción semejante a la del "domicilio conyugal" que pudiéramos denominar "*domicilio concubinario*"[100] el cual determinaría el domicilio legal del menor de edad no emancipado si los progenitores que ejercen conjuntamente la patria potestad y la guarda tuvieran un domicilio general voluntario distinto siguiendo el sentido del artículo 33 del Código Civil[101].

En definitiva, creemos que lo atinente a los derechos-deberes del matrimonio deben ser interpretados *mutatis mutandi* sólo en la medida que la naturaleza de la propia institución del concubinato lo permita, porque la espontaneidad que caracteriza a la unión de hecho y que difiere por esencia de la formalidad que rodea al matrimonio en cuanto a su inicio y disolución, hace que lleguemos a soluciones distintas en uno y otro caso.

2.3.2 *Patria potestad*

La reforma del Código Civil de 1982 propició la igualdad de los progenitores en la titularidad de la patria potestad al margen del tipo de filiación[102]. La equiparación de efectos entre matrimonio y concubinato no varía el carácter de hijo extramatrimonial[103]. La LOPNA de 1998 consagraba en relación a la filiación extramatrimonial la titularidad de la patria potestad, pero un ejercicio compartido en función de las reglas

[100] Con una idea semejante a la que inspira el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil, siendo en consecuencia, el lugar donde los concubinos ejercen los deberes y derechos derivados de su estado.
[101] Que prevé: "...si los padres tienen domicilios distintos, el domicilio conyugal determinará el del menor". Véase nuestro comentario en: Domínguez Guillén, *La sede jurídica...,* p. 476: "El concepto de domicilio conyugal supone la existencia de una relación matrimonial, por lo que en caso de unión extramatrimonial no sería aplicable tal noción, aun cuando pareciera factible pensar en la aplicación de una noción semejante en el supuesto de uniones concubinarias o de hecho que supongan un ejercicio compartido de la patria potestad".
[102] Véase Bernar Mainar, *Efectos jurídicos civiles...,* p. 125, refiere que en materia de relaciones paternofiliales, la equiparación entre los padres unidos en matrimonio y aquellos que no lo están, es completa sobre la base del principio de igualdad de los hijos que prohíbe cualquier discriminación.
[103] Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* p. 24.

del antiguo artículo 350[104], a las que había que atender para precisar el funcionamiento del ejercicio más que a la relación concubinaria. La LOPNNA de 2007 en su mismo artículo modificó radicalmente la situación al consagrar un ejercicio compartido en todo caso en materia de filiación extramatrimonial y de "las uniones estables de hecho".

2.3.3 *Adopción*

El artículo 411 de la LOPNA de 1998 señalaba: *"*La adopción puede ser solicitada, en forma conjunta por cónyuges no separados legalmente*,* de manera individual por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado civil"[105].

Indicamos al efecto: "De conformidad con dicha norma sólo podrían adoptar conjuntamente las personas unidas en matrimonio. No obstante, en función de la última parte de la norma una persona que haga vida marital con otra perfectamente podría realizar la solicitud individual y disfrutar así de los efectos prácticos de esa adopción. Sin embargo, ese evidentemente no sería el sentido de una pareja de concubinos que desee adoptar y se le pretenda imponer como impedimento el requisito matrimonial. De allí que podría sostenerse la posibi-

[104] Señalamos en la versión original lo siguiente: "La filiación extramatrimonial legalmente establecida concede automáticamente la titularidad conjunta de la patria potestad; no sucede lo mismo respecto al ejercicio, el cual para ser conjunto precisa de un reconocimiento simultáneo de la filiación, en defecto de éste realizado dentro de los seis (6) meses siguientes al primer reconocimiento o en defecto de éste la prueba de la posesión de estado conjuntamente con la conveniencia a los intereses del menor, ello de conformidad con el artículo 350 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Mientras la relación concubinaria perdure seguramente ello se proyectará en un ejercicio conjunto o compartido de la patria potestad que incluye el atributo de la guarda. Acontecida la separación de la unión de hecho estable, el ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos comunes precisará la determinación de algunos de los supuestos referidos en el artículo 350 de la LOPNA. Ello tiene lugar pues en materia de filiación extramatrimonial la ley establece una causa de exclusión relativa del ejercicio de la patria potestad. En caso separación de los progenitores no obstante el ejercicio conjunto de la patria potestad, la guarda en principio le correspondería a uno solo de los progenitores, y al efecto el artículo 360 de la LOPNA establece una suerte de preferencia a favor de la madre si el niño tiene siete años o menos".

[105] Destacado nuestro. Véase igualmente el artículo 8 de la antigua Ley Sobre Adopción: "No pueden adoptar conjuntamente, sea en adopción plena o en adopción simple, sino cónyuges que no estén legalmente separados de cuerpos". El artículo 411 de la LOPNNA dispone no obstante que "Toda adopción debe ser plena" (anterior art. 407 LOPNA).

lidad efectiva de que los concubinos puedan adoptar de conformidad con el artículo 77 de la Constitución, pero ciertamente en todo caso ello precisaría a nuestro criterio de una decisión judicial declarativa que tendría lugar a petición de ambos concubinos. No creemos que pueda alegarse, que una adopción conjunta precisa la estabilidad derivada de una relación matrimonial en razón de la facilidad que supone la disolución no contenciosa del vínculo matrimonial. Adicionalmente, sería más conveniente a los intereses del menor la posibilidad de una adopción conjunta, producto de una unión de hecho estable, donde el niño cuente con la figura paterna y materna, que la mera adopción individual que la propia norma citada permite. Al respecto vale indicar que el Proyecto de Reforma Procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente señalaba en su artículo 63 que se reforma el artículo 411 de la LOPNA en los siguientes términos: "La adopción puede ser solicitada, en forma conjunta por cónyuges no separados legalmente *y por parejas conformadas por un hombre y una mujer que mantengan una unión estable de hecho, que cumpla los requisitos previstos en la ley,* y en forma individual por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado civil"[106]. Se aprecia así que con una frase similar a la utilizada por la norma constitucional, que el Proyecto consagraba acertadamente en forma clara la posibilidad de adopción conjunta por parte de las uniones de hecho estables que cumplan los requisitos de ley".

Recientemente, la LOPNNA de 2007 prevé en su artículo 411 entre las personas que pueden adoptar incluye expresamente las *"parejas conformadas por un hombre y una mujer, que mantengan una unión estable de hecho que cumpla los requisitos establecidos en la ley".* En el mismo sentido se pronuncia el art. 399 *eiusdem* respecto de la "colocación".

2.3.4 *Fecundación artificial*

Cuando una pareja no puede procrear naturalmente tiene la posibilidad de acudir a las técnicas científicas para generar la vida humana o fe-

[106] Destacado nuestro. Proyecto de Reforma Procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Magistrado Juan Rafael Perdomo Coordinador de la Comisión Redactora, 2005, p. 54.

cundación artificial, la cual en orden subsidiario incluye la *inseminación artificial y la fertilización in vitro*[107]. No existe regulación jurídica en este sentido y sólo encontramos una referencia a la inseminación artificial en el artículo 204 del Código Civil a propósito de la acción de desconocimiento de la paternidad en caso de impotencia del marido[108]. De dicha norma se desprende la posibilidad de las parejas casadas de acudir a las técnicas artificiales de fecundación inclusive con el semen de un tercero, pues la norma no hace distinción al respecto, en cuyo caso no se podrá ejercer la correspondiente acción de desconocimiento de la paternidad.

Creemos al igual que nos pronunciamos en torno a la posibilidad de adopción conjunta[109] que una unión concubinaria, previa declaratoria judicial a petición de los concubinos, puede acceder a este tipo de técnicas de reproducción asistida[110]. La situación permite al hijo el disfrute de la figura paterna y materna. En este sentido, la Carta Fundamental consagra –sin distinción de estado civil– el derecho de las *"parejas"* a decidir el número de hijos que deseen concebir[111].

2.3.5 *Otros*

La ley, a falta de manifestación expresa en vida de la persona, le concede a los parientes del difunto la posibilidad de decidir el destino del cadáver dentro de las previsiones del orden público y las buenas

[107] La inseminación artificial supone la realización de la fecundación dentro del claustro materno en tanto que la fertilización in vitro implica que la fertilización o fecundación la realiza el médico fuera del claustro materno para luego ser implantada en éste. Sobre el tema puede verse: Ribeiro Sousa, *Ob. Cit.,* pp. 271-295.
[108] Prevé la norma: "El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente. El desconocimiento no se admitirá, aun en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por inseminación artificial de la mujer con autorización del marido".
[109] Véase *supra* N° XI.2.3.3.
[110] Y en tal caso, aplicando analógicamente la citada norma del artículo 204 del Código Civil, el concubino que en tales condiciones haya solicitado conjuntamente con su mujer, la aplicación de dicha técnica no podrá pretender a posteriori eludir su paternidad. Ante una acción de inquisición de la paternidad, poco importará la identidad genética ante la efectiva solicitud de que a su concubina se le aplicaren tales técnicas.
[111] En efecto, el artículo 76 de la Constitución consagra que "...las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho".

costumbres. Así, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley sobre Trasplantes de Órganos establece el orden de prioridad de los parientes a considerar en caso de autorización para donar órganos del difunto. Dicha norma prevé: "cónyuge, ascendiente, *concubina,* descendientes, padres adoptantes, hijos adoptivos, parientes colaterales hasta el 3er grado, parientes afines hasta el 2°, a falta de los anteriores la persona con quien haya convivido el donante"[112]. A propósito de la "concubina" no es clara la norma en cuanto a su ubicación y preferencia, pues la coloca expresamente después del ascendiente y antes del descendiente. Es muy difícil que por la dinámica del concubinato como situación de hecho, y dada la urgencia de los trasplantes que se pretenda en tales casos acudir a la exigencia de la declaratoria judicial; pero si se concluye que ella no es necesaria no habría razón para dar preeminencia a los ascendientes sobre el concubino, dada la superioridad del cónyuge respecto de los demás parientes[113].

La equiparación de los efectos entre matrimonio y unión extra matrimonial excede el ámbito netamente económico, según refiere acertadamente Núñez, y se extiende a los efectos jurídicos y sociales, y entrañan dentro de estos últimos la consideración y el prestigio de casados, así como la posibilidad de probarlo ante su negación[114].

Finalmente como indicáramos, pensamos que algunos de los efectos personales (deberes-derechos) del matrimonio son mucho más difíciles de extender o predicar respecto del concubinato[115] en razón de la propia naturaleza fáctica y espontánea del mismo. Su proyección en el ámbito jurídico dependerá de la propia naturaleza del derecho, del caso concreto y precisará de un análisis que sin duda no puede ser a espaldas del artículo 77 de la Carta Fundamental.

Vale concluir que el concubinato se traduce en una unión de hecho estable, espontánea y libre, entre un hombre y una mujer que sin estar casados desarrollan una comunidad de vida. Se trata de una unión

---

[112] Destacado nuestro.
[113] La parte final de la norma relativa a la "persona que ha convivido con el donante" no alude ciertamente a nuestro criterio a unión concubinaria estable.
[114] Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* p. 22.
[115] Véase *supra* N° XI.2.3.1.

monogámica, estable y libre en que las partes se propician recíprocamente el trato de marido y mujer. A diferencia del matrimonio, por ser una situación fáctica o de hecho, a falta de reconocimiento voluntario generalmente precisa de una decisión judicial a fin de limitar sus efectos jurídicos en el tiempo de su vigencia.

El artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 extiende los mismos "*efectos*" del matrimonio a las uniones concubinarias o uniones de hecho estables que reúnan los requisitos de ley. Tal norma incluye tantos efectos de contenido "*patrimonia*l" como "*personal*" que puedan ser predicables respecto del concubinato en función de su propia naturaleza.

Creemos que por aplicación de la citada norma constitucional que tiene un carácter imperativo, superior y posterior, los efectos *patrimoniales* ciertamente superan la comunidad concubinaria (que ya estaba contenida en el artículo 767 del Código Civil de 1982) y se proyectan por ejemplo en la vocación hereditaria y la indemnización por daño moral en caso de muerte del concubino. Aunque posible, vemos difícil la procedencia de la obligación alimentaria entre concubinos por cuanto la misma en principio precisa de la vigencia de la relación.

Vale también considerar *mutatis mutandi* la extensión de algunos de los efectos "personales" del matrimonio al concubinato aun cuando –a diferencia de los patrimoniales– por la naturaleza espontánea de las uniones de hecho, no puede pretenderse una proyección de los deberes y derechos consagrados en el artículo 137 del Código Civil. El incumplimiento de los mismos de seguro hará culminar en forma natural la relación concubinaria sin necesidad de sentencia judicial, la cual sólo será eventualmente necesaria para el reclamo de las pretensiones de orden patrimonial. No obstante, cabe considerar una suerte de extensión en el ámbito personal con el matrimonio en materia de patria potestad, adopción (estas dos por expresa referencia de la LOPNNA de 2007) y fertilización *in vitro*.

Concluimos así que la nueva Carta Magna extiende los efectos del matrimonio al concubinato, sin necesidad de desarrollo legislativo, pues cualquier normativa que pretenda en lo sucesivo restringir el mandato constitucional estaría viciada de inconstitucionalidad. De esta manera, nuestro Texto Fundamental de 1999 concede un viraje positivo en

lo que respecta a la unión estable no matrimonial y siendo así los prejuicios del intérprete no podrán sobreponerse al carácter imperativo de la norma constitucional.

La Constitución refleja una justa realidad y es que quienes unen su vida y sus esfuerzos con un fin común en las mismas condiciones sustanciales que los cónyuges merecen el mismo tratamiento por parte del orden jurídico.

Capítulo XII

Las uniones estables de hecho (según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)

1. Introito.
2. El concubinato.
3. Las uniones concubinarias según la decisión 1682 del 15-7-05 de la Sala Constitucional (interpretación del artículo 77 de la Constitución).
4. Las uniones estables de hecho según la decisión 190 del 28-2-08 de la Sala Constitucional (igualdad *vs* uniones de hecho homosexuales).

1. INTROITO

Hace unos años nos pronunciamos sobre el alcance del artículo 77 de la Constitución a propósito de las uniones de hecho estables. Quisiéramos seguir reflexionando y repensando sobre este aspecto con ocasión de *dos* decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, en abril de 2005, fue publicado en la Revista de Derecho N° 17 del Tribunal Supremo de Justicia nuestro artículo titulado "*Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999"*, en el que indicamos cuáles serían –a nuestro criterio– los efectos del matrimonio predicables respecto del concubinato por aplicación de la disposición del artículo 77 de la Carta Magna. (Véase *supra* Nº XI).

Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 1682 del 15 de julio de 2005 se pronunció –a propósito de un recurso de interpretación constitucional– sobre el alcance o efectos del concubinato con relación al matrimonio, según el artículo 77 de la Constitución de 1999.

Recientemente, la misma Sala Constitucional en sentencia N° 190 del 28 de febrero de 2008 decidió sobre la posible colisión entre los artículos 21 y 77 de la Carta Fundamental, a fin de considerar la procedencia de los efectos patrimoniales atribuidos a las uniones de hecho estables entre un hombre y una mujer, pero específicamente con relación a uniones homosexuales.

Mediante las siguientes líneas deseamos pasearnos a título de pincelada sobre tales decisiones judiciales, respecto de las ideas desarrolladas en torno a las uniones concubinarias. No constituye pues el presente comentario ni un estudio del concubinato a la luz de la Carta Magna, pues a éste ya nos referimos con anterioridad y ese artículo remitimos[1], ni un análisis detallado de las citadas sentencias, sino simplemente una breve reflexión sobre algunas ideas que tocan las mismas a propósito de las uniones de hecho estables. De allí el título de nuestra reflexión, pues se trata de seguir repensando una figura con ocasión a la interpretación del Máximo Tribunal, centrándonos fundamentalmente en las dos decisiones citadas de la Sala Constitucional.

2. EL CONCUBINATO

El concubinato se presenta como la unión de hecho estable, espontánea, libre y natural entre un hombre y una mujer, sin que uno de ellos esté

[1] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999.* En: *Revista de Derecho N° 17,* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 215-247. (Véase *supra* N° XI).

casado, que hacen una vida común o marital en semejantes términos que el matrimonio[2]. Se trata de una situación fáctica o de hecho[3] que por su asimilación sustancial a la institución del matrimonio es objeto de protección jurídica.

Ahora bien, la constitución de tal unión en "concubinaria", precisa de varios requisitos, a saber, que se dé entre un solo hombre y una sola

[2] Véase sobre el tema: Perera Planas, *El Concubinato...*; González Fernández, *El Concubinato...*; Ramos Sojo, *Situaciones de Hecho...*, pp. 370 y ss.; Ramos Sojo, Cesar: *La situación de las parejas no casadas en el ordenamiento jurídico venezolano.* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 66,* 1987, pp. 219-241; Morales, Georgina: *Las uniones estables de hecho en la doctrina y en el Derecho Comparado.* En: *VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford. Alemán.* Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006, pp. 131-180; Cornieles, Cristóbal: *Algunas ideas para la regulación de las uniones estables de hecho*. En: *VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford. Alemán.* Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006, pp. 213-224; Bernard Mainar, *Efectos Jurídicos civiles...*, pp. 119-136; Hernández de Sojo Bianco, *El derecho...*, pp. 697-712; González Fuenmayor, Mervy Enrique: *Comunidad concubinaria. Invenciones y mejoras: regulación en el campo del derecho civil y en el campo del derecho del trabajo. Studia Iuris Civiles. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 299-366; Roa, Félida: *Efectos jurídicos del concubinato.* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia N° 71*, 1994, pp. 85-97 (también en: Revista Tachirense de Derecho N° 5-6, Universidad Católica del Táchira, enero-diciembre 1994, pp. 90-99); D'Jesús, Antonio: *El concubinato y la unión no matrimonial en el prisma del Código Civil venezolano.* En: *Anuario de Derecho de la Universidad de los Andes N° 22,* Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida, 2000, pp. 11-22; Acosta Vásquez, Luis A.: *El nuevo concubinato en Venezuela.* En: *Cuestiones Jurídicas N° 1*, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, Escuela de Derecho, Maracaibo, Ediciones Astro-Data, enero-julio 2007, pp. 9-28; López Herrera, Francisco: *Consideraciones sobre algunos aspectos del régimen de la comunidad concubinaria: doctrina y jurisprudencia*. En: *Estudios de Derecho de Familia.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 89-115; Bocaranda, Juan José: *La comunidad concubinaria ante la Constitución de 1999. El amparo constitucional declarativo*. Caracas, Ediciones Principios, 2001; Bocaranda Espinosa, Juan José: *La comunidad concubinaria en el nuevo Código Civil 1982.* Caracas, Tipografía Principios, 1983, pp. 78 y ss; Bocaranda Espinoza, Juan José: *La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales. Trabajo de ascenso presentado para la categoría de profesor asistente*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1995; Pernía, Humberto Alí: *El concubinato venezolano: liquidación de la sociedad de gananciales de la comunidad concubinaria. Mérida, Paredes Editores,* 1988; Vegas Rolando, Nicolás: *Relaciones económicas derivadas de las relaciones de hecho.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas,* 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 797-809; González, Oly, *Convivencia matrimonial y marital...*, pp. 118-121.

[3] A diferencia del matrimonio, que es una situación de derecho que cuenta con una prueba preconstituida que es la partida de matrimonio.

mujer, estabilidad o consistencia[4], tratamiento recíproco de marido y mujer, que ninguno de los concubinos esté casado y que se trate de una unión espontánea y libre[5]. Veremos sin embargo, que la Sala Constitucional se pronunció sobre alguno de estos aspectos en la decisión 1682 del 15-7-05[6].

"El concubinato, desde el punto de vista sustancial responde a la misma idea que el matrimonio porque atiende a la circunstancia de una pareja de hombre y mujer que tienen una comunidad de intereses personales, afectivos y patrimoniales. Así pues, los concubinos desde la perspectiva de su esencia se presentan igual que los cónyuges, y de allí que el texto constitucional los equipare en sus efectos, en el caso de que tales uniones reúnan los requisitos de ley. Matrimonio y concubinato tienen el mismo fin pero difieren en su constitución y prueba; el matrimonio precisa de las formalidades de ley en tanto que el concubinato surge en forma espontánea y natural prescindiendo de las formalidades de aquél. Esta diferencia en cuanto a su constitución se revierte en cuanto a su prueba, que obviamente será más exigente respecto a la unión de hecho estable, en razón que no existe un acta del estado civil que acredite tal situación"[7].

La consagración del concubinato ciertamente es anterior a la Constitución de 1999, toda vez que el Legislador reconoció acertadamente que debía surtir efecto jurídico la situación de aquella pareja de hombre y mujer que sin estar unidos formalmente por matrimonio, sustancialmente presentaban la misma esencia. Es así como el Código Civil de 1982 en su artículo 767[8] consagra la comunidad concubinaria en una fórmula

---

[4] Véase: Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* que señala que se precisa que la unión tenga verdadera "consistencia", lo que la diferencia del encuentro fugaz, propio a satisfacer un deseo carnal, temporal e instantáneo; por el contrario se precisa afrontar todos los problemas que impone la vida diaria, trabajando el uno para el otro, con auxilio mutuo y natural desinterés.

[5] Véase *supra* Nº XI.1; Domínguez Guillén, *Las uniones...*, pp. 216-221.

[6] Véase *infra* N° XII.3.

[7] *Ibíd*., pp. 217 y 218.

[8] Que prevé: "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado" .

más avanzada que el CC de 1942 que establecía una presunción de comunidad concubinaria pero obligaba a la concubina a probar su aporte a la comunidad[9]. Dicha consagración responde al reconocimiento de una realidad[10], en su esencia a un sentido de justicia, porque si el matrimonio y sus efectos están basados en el afecto marital y esfuerzo común, debe admitirse que la misma situación desde el punto de vista sustancial puede presentarse –como de hecho es común que se presente en nuestro país– entre hombre y mujer sin que medie entre ellos formalmente el acto jurídico del matrimonio.

Dicha comunidad concubinaria, de la misma forma que la conyugal[11], sólo precisa de la prueba del concubinato y su tiempo de vigencia, y *no* se requiere probar que el trabajo ha contribuido al aumento del caudal común[12]. Por ende, son comunes de por mitad las ganancias o bienes habidos en la comunidad concubinaria, al igual que sucede en la comunidad de gananciales. Se indica la procedencia de la analogía de las normas correspondientes a la comunidad conyugal, por responder a la misma razón y sentido[13]. En tal sentido, se pronunció la Sala Constitucional[14].

Se señala como es natural la necesidad de declaratoria judicial de la unión concubinaria[15], toda vez, que a diferencia del matrimonio, se trata de una

[9] Véase *supra* Nº XI.2.2.1.
[10] Véase: Raffalli A., *Ob. Cit.,* p. 368, indica que tales uniones han crecido por décadas en nuestro país consolidándose como verdaderos núcleos familiares. Y agrega: "Esta realidad social derivó en cambios legislativos importantes, concretamente en el Código Civil y en las leyes que regulan la protección del menor, con el fin de acabar con la obsoleta diferenciación de familias legítimas o ilegítimas, así como de hijos naturales o hijos legítimos".
[11] La comunidad concubinaria responde al mismo fundamento de la comunidad conyugal en sus artículos 148 y siguientes.
[12] Véase en este sentido: AMCSCMT3, Sent. 30-11-99, J.R.G., T. 159, pp. 25-27. TSJ/Cas., Sent. 15-11-00, J.R.G., T. 170, pp. 405 y 406.
[13] Véase en este sentido: López Herrera, *Consideraciones sobre algunos...*, p. 111; Bernard Mainar, *Efectos jurídicos civiles...,* pp. 128. Se actúa con arreglo a las normas de la comunidad conyugal. Véase *supra* Nº XI.1.3.
[14] Véase *infra* N° XII.3.
[15] Indica la decisión 1682 del 15-7-05 de la Sala Constitucional que veremos *infra* N° XII.3: "Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez...".

situación de hecho que precisa control judicial[16] a los fines de delimitar su tiempo de vigencia[17]. Se indica que se requiere que el concubinato sea declarado judicialmente por vía de acción merodeclarativa[18], esto es, por vía contenciosa[19], para luego acceder a la reclamación de los correspon-

[16] Véase: Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 12-7-06, Expediente N° 5.347, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/2147-12-5347-13.html "el concubinato es una situación fáctica o de hecho que –a diferencia del matrimonio– debe necesariamente ser probada judicialmente, lo cual no ocurrió en el presente juicio"; Ramos Sojo, Situaciones de hecho..., p. 376, indica que la posesión de estado no tiene valor en sí misma sino a través del control judicial.

[17] Véase sobre la prueba del mismo y la necesidad de declaratoria judicial: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, pp. 221-224 (*supra* Nº XI.1.3).

[18] Véase: Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 23-7-03, Exp. Nº: C- 1784-02, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/818-23-C-1784-02-.html; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent. 15-12-05, Exp. N° 12.433, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2005/diciembre/443-15-12.433-.html; Juzgado Tercero de Primera de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 8-6-07, Exp. 9256-05, http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/1611-8-9256-05-.html.

[19] Esto es, por juicio contradictorio con las debidas garantías. No aplica una mera solicitud de jurisdicción voluntaria. Véase a propósito de solicitud de únicos y universales herederos; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 22-6-05, Exp. 41.117, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/101-22-41.117-.html; Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 19-9-07, EXP Nº: St-11.251, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/septiembre/2120-17-S-11251-.html, "A criterio de esta Juzgadora, la decisión judicial que declare la existencia de un concubinato debe tener lugar a través de un juicio contradictorio que revista las debidas garantías, a fin de que los terceros interesados por dicha situación fáctica ejerzan las defensas pertinentes. Y una vez declarada judicialmente dicha unión de hecho estable, podrá pretender los correspondientes efectos jurídicos entre los que vale citar ciertamente la vocación hereditaria. De tal suerte, que no está dado al presunto concubino o concubina pretender los respectivos efectos derivados de la sucesión del causante, sin haber previamente dilucidado en juicio contencioso su condición de tal. El concubinato a diferencia del matrimonio es una situación de hecho que precisa ser acreditada en juicio contradictorio"; Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 31-5-06, Asunto KP02-R-2006-00273, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/678-31-KP02-R-2006-000273-06-740.html; Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 29-2-08, Exp. 11.732; http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/2120-29-S-11732-.html

dientes efectos jurídicos entre los que ciertamente se podría ubicar la acción de partición. Es decir, algunas decisiones apuntan que no se puede acceder directamente a una acción de partición sin previa acción mero-declarativa de concubinato[20]. No obstante una cosa es sostener la necesidad de declaratoria judicial y otra distinta sería pretender formalidades respecto de las uniones concubinarias, pues se trata de una situación de

[20] Véase en este sentido: TSJ/SCC, Sent. RC N° 176 del 13-03-06, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RC-00176-130306-03701.htm, "La Sala observa, que en el caso que nos ocupa se acumularon dos pretensiones en el libelo de demanda: la acción merodeclarativa de reconocimiento de unión concubinaria y la de partición de bienes de la comunidad, que no podían ser acumuladas en una misma demanda, pues es necesario que se establezca en primer lugar judicialmente la existencia o no de la situación de hecho, esto es, la unión concubinaria; y, una vez definitivamente firme esa decisión, es que podrían las partes solicitar la partición de esa comunidad, de lo contrario el juez estaría incurriendo en un exceso de jurisdicción. ...Todas estas razones conducen a la Sala a casar de oficio y sin reenvío el fallo recurrido, ya que las pretensiones acumuladas en el presente juicio, deben ser tramitadas por procedimientos distintos; por otra parte, la declaración judicial definitivamente firme es requisito indispensable para poder incoar la demanda de partición de comunidad concubinaria, pues ésta constituye el documento fundamental que debe ser acompañado al libelo de demanda de la referida partición, además es el título que demuestra su existencia"; Tribunal Supremo de Justicia/SC, Sent. N° 682 del 29-4-05; TSJ/SC, Sent. Nº 3.584, del 6 de diciembre de 2005; TSJ/SC, Sent. 2687 del 17-12-01; Juez del Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Amazonas, Sent. 6-7-04, Expediente N° 03-5827, http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2004/julio/337-6-03-5827-.html; Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 16-10-07, Exp. Nº 13.116, http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2141-16-13116-.html; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 1-10-07, Expediente N° 30.523, http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/516-1-30523-987.html; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 7-12-04, Exp. N° 42.541, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/diciembre/722-7-42.541-512D-071204.html; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores del Estado Lara, Sent. 3-4-07, Asunto KP02-R-2007-000205, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/abril/650-3-KP02-R-2007-000205-.html, "el tiempo de iniciación de esa unión estable y la de la terminación de ésta tal como lo estableció la Sala Constitucional en la sentencia de interpretación que del artículo 77 de la Constitución vigente *ut supra* transcrita; requisito éste que por ser vinculante para los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, obliga a este Juzgador a establecer, que la pretensión de la parte apelante de que se declare heredera del difunto..., sin previamente haber obtenido por la vía jurisdiccional la declaratoria del concubinato entre ella y el pretendido causante, es contraria al artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...".

hecho[21], que nace y se extingue espontáneamente sin necesidad alguna de registro[22], notificación o procedimiento[23]. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 dispone en su artículo 77:

> Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. *Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio*[24].

[21] Véase: Cornieles, *Ob. Cit.,* p. 220, se trata de una situación "de hecho", es decir, una situación fáctica que genera efectos, por lo que no se debe exigir ningún acto jurídico o formalidad para constituir una unión estable de hecho. Por ello debe evitarse someter su constitución y disolución al cumplimiento de formalidades ante un funcionario público. En todo caso, de considerarlo alguna ley debería ser facultativo y nunca obligatorio, porque se podría probar por cualquier otro medio de prueba.

[22] Indica Núñez y Núñez que equiparar en los efectos no supone igualar, porque al comparar no sería posible considerarlo igual y pretender por ejemplo una suerte de matrimonio presunto que deba ser inscrito en el Registro del Estado Civil, se trata de ser equiparada en sus efectos por su estabilidad y singularidad (Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* p. 8). La equiparación no puede tener acceso al Registro Civil porque sería identificarla con el matrimonio (*Ibíd*., p. 31).

[23] Véase: Proyecto de Ley Orgánica del Registro Civil elaborado por el Consejo Nacional Electoral www.cne.gob.ve/documentos/pdf/PROYECTO_DE_LEY_ORGANICA_DEL_REGISTRO_CIVIL_OCTUBRE_2007.pdf (consultado en febrero 2008). Artículos 129 al 131. Este último artículo 131 indica en que se registrara la declaratoria de disolución de las uniones estables de hecho en los siguientes casos: "1. Manifestación de voluntad efectuada unilateral o conjuntamente por los unidos ante el registrador civil; 2.- Manifestación de voluntad efectuada unilateral o conjuntamente por los unidos ante Notario Público, la cual será inserta en el registro civil; 3.- Decisión judicial 4.- La muerte de uno de los unidos, por declaratoria del sobreviviente. Parágrafo único: En los casos de disolución unilateral de las uniones estables de hecho se deberá notificar al otro unido, quien deberá suscribirla para que surta sus efectos legales".

[24] Destacado nuestro.

A raíz de tal disposición cierto sector de la doctrina[25] y la jurisprudencia[26] se pronunció sobre el alcance de los efectos jurídicos del matrimonio aplicables al concubinato, señalando que además de la comunidad concubinaria que establecía el CC en el artículo 767, era procedente sostener dentro de los efectos patrimoniales aplicables a la unión de hecho estable la procedencia de la vocación hereditaria[27] respecto del concubino o concubina por aplicación de la citada norma constitucional. Interpretación que posteriormente ratificó la Sala Constitucional en su decisión 1682 del 15-7-05[28].

Por nuestra parte, sostuvimos entre los efectos patrimoniales que podían considerarse en este sentido, entre otros, –además de la *comuni-*

---

[25] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, pp. 229-238, (*supra* Nº XI.2.2.2.)

[26] Véase: Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia 24-6-04, Expediente N° 26.759, Acción Merodeclarativa, indica a propósito del artículo 77 de la Constitución "A criterio de este Juzgado, la norma transcrita no ha limitado ni especificado los efectos del matrimonio que el concubinato produzca, y por ello no le es dado a este órgano jurisdiccional interpretar restrictivamente dicha norma jurídica, como tampoco es procedente ese tipo de interpretación cuando de derechos de los particulares se trata. Por esa razón, los efectos que producirá el concubinato habrán de ser efectos personales y patrimoniales similares a los del matrimonio, entre los cuales se encuentra la vocación hereditaria del cónyuge, y en este caso, de la concubina"; Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, Sent. 21-9-04, Exp. N° 2343, http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/1179-21-2343-.html (merodeclarativa de concubinato); Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent. 15-11-04, Exp. 4510, http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/446-15-4.510-.html (merodeclarativa de concubinato); Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 30-11-04, Exp. N° 24.681, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/101-30-24.681-.html, "...Si el concubinato produce los mismos efectos que el matrimonio y el artículo 823 del Código Civil, que se aplica por analogía al concubinato, establece que: "El matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate. Estos derechos cesan con la separación de cuerpos y de bienes sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos, de reconciliación", la primera carga que pesaba sobre la presunta concubina ciudadana..., fue acreditar la existencia de la relación concubinaria o al menos la presunción a su favor establecida por el artículo 767 del Código Civil, para que el tribunal pudiese juzgar, sin más, el fondo de la controversia, relativo a la partición y venta de los derechos de la comunidad concubinaria" (Partición amistosa de comunidad concubinaria: Declinatoria de competencia).

[27] Véase artículo 823 del CC: "El matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate. Estos derechos cesan con la separación de cuerpos y de bienes sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos de reconciliación".

[28] Véase *infra* N° XII3.

dad concubinaria–, la vocación hereditaria, la indemnización por daño moral y la obligación alimentaria[29]. Entre los efectos personales, luego de pronunciarnos por la dificultad de pretender igualdad entre los deberes y derechos matrimoniales, dada la naturaleza espontánea del concubinato, nos referimos a la patria potestad, la adopción y la fecundación artificial, sosteniendo la procedencia de estas últimas en torno a las uniones concubinarias[30]. La Reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes[31] o LOPNNA consagró recientemente la procedencia de la adopción respecto de las uniones estables de hecho[32] como lo preveía el Proyecto del Tribunal Supremo de Justicia[33] y estableció el ejercicio conjunto o compartido de la patria potestad en relación con tales uniones y respecto de la filiación extramatrimonial en todo caso[34].

3. LAS UNIONES CONCUBINARIAS SEGÚN LA DECISIÓN 1682 DEL 15-7-05 DE LA SALA CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 77 DE LA CONSTITUCIÓN)

En dicha decisión la Sala, a propósito de un recurso de interpretación del artículo 77 de la Carta Fundamental, se pronunció en torno a los efectos del matrimonio susceptibles de ser predicables en torno al concubinato.

Resumiendo la sentencia, ésta indicó: que el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código

[29] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, pp. 239-246, (*supra* Nº XI.2.2).
[30] Véase: *Ibíd*., pp. 239-246, (*supra* Nº XI.2.3).
[31] G.O. Nº 5.859 del 10 de diciembre de 2007.
[32] Véase artículo 411: “La adopción también puede ser conjunta o individual. La adopción conjunta sólo puede ser solicitada por cónyuges no separados o separadas legalmente, y por parejas conformadas por un hombre y una mujer, que mantengan una unión estable de hecho que cumpla los requisitos establecidos en la Ley. La adopción individual puede ser solicitada por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado civil. Toda adopción debe ser plena” (Destacado nuestro). Véase en el mismo sentido, respecto de la “colocación” artículo 399.
[33] Véase: Proyecto de Reforma Procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Magistrado Juan Rafael Perdomo Coordinador de la Comisión Redactora, 2005, p. 54,
[34] Véase artículos 349 y 350.

Civil, y él viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión (sin que ello impida que la ley pueda tipificar otras uniones de hecho). Agrega que "Si la unión estable se equipara al matrimonio, y la bigamia se encuentra prohibida, a juicio de esta Sala es imposible, para que ella produzca efectos jurídicos, la coexistencia de varias relaciones a la vez en igual plano, a menos que la Ley expresamente señale excepciones". Se trata de una relación entre un hombre y una mujer y no de una entre un hombre y varias mujeres. "...Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia". Se señala que los deberes del matrimonio contenidos en el artículo 137 del CC no tienen lugar en el concubinato y no dan lugar a divorcio[35]; la utilización del apellido del esposo es un derecho que le nace solamente del acto matrimonial, pues, la condición jurídica de la unión estable, en principio, no permite a la mujer el uso del apellido del marido. En cuanto al régimen patrimonial refiere la procedencia de la comunidad concubinaria consagrada en el artículo 767 del CC aun cuando matizada, pues extiende sus afectos a los terceros y no sólo a los herederos y las partes[36]; debido

---

[35] Aun cuando posteriormente añade: "no existe una acción de separación de cuerpos del concubinato y menos una de divorcio, por tratarse la ruptura de la unión de una situación de hecho que puede ocurrir en cualquier momento en forma unilateral, los artículos 191 y 192 del Código Civil resultan inaplicables, y así se declara; sin embargo, en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes".

[36] Agrega la sentencia: "Al aparecer el artículo 77 constitucional, surgen cambios profundos en el régimen concubinario del artículo 767 del Código Civil, ya que existiendo la unión estable o permanente, no hay necesidad de presumir, legalmente, comunidad alguna, ya que ésta existe de pleno derecho –si hay bienes– con respecto de lo adquirido, al igual que en el matrimonio, durante el tiempo que duró la unión y, como comunidad, no es que surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, como lo contempla el artículo 767 del Código Civil, sino que, al igual que los bienes a que se refiere el artículo 168 del Código Civil, los terceros que tengan acreencias contra la comunidad podrán cobrarse de los bienes comunes, tal como lo pauta dicha norma. A ese fin, si la unión estable o el concubinato no ha sido declarada judicialmente, los terceros pueden tener interés que se reconozca mediante sentencia, para así cobrar sus acreencias de los bienes comunes. Para ello tendrán que alegar y probar la comunidad, demandando a ambos concubinos o sus herederos".

a la equiparación, que es posible en esta materia, se regirá por las normas del régimen patrimonial-matrimonial, aun cuando la Sala descarta la posibilidad de una suerte de capitulaciones[37]; se reconoce la vocación hereditaria (incluyendo el respeto a la legítima)[38] y una suerte de obligación de alimentos[39]. Seguidamente, la Sala admite la posibilidad del "concubinato putativo" "que nace cuando uno de ellos, de buena fe, desconoce la condición de casado del otro" y pudiera proyectarse económicamente[40]. Así

[37] "A juicio de esta Sala, ello es imposible, porque la esencia del concubinato o de la unión estable no viene dada –como en el matrimonio– por un documento que crea el vínculo, como lo es el acta de matrimonio, sino por la unión permanente (estable) entre el hombre y la mujer, lo que requiere un transcurso de tiempo (que ponderará el juez), el cual es el que califica la estabilidad de la unión; y siendo ello así, a priori no puede existir una declaración registrada de las partes constitutivas de la unión, en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante ella".

[38] "Como resultado de la equiparación reconocida en el artículo 77 constitucional, en cuanto a los efectos y alcances de la unión estable (concubinato) con el matrimonio, la Sala interpreta que entre los sujetos que la conforman, que ocupan rangos similares a los de los cónyuges, existen derechos sucesorales a tenor de lo expresado en el artículo 823 del Código Civil, siempre que el deceso de uno de ellos ocurra durante la existencia de la unión. Una vez haya cesado, la situación es igual a la de los cónyuges separados de cuerpos o divorciados. Al reconocerse a cada componente de la unión derechos sucesorales con relación al otro, el sobreviviente o supérstite, al ocupar el puesto de un cónyuge, concurre con los otros herederos según el orden de suceder señalado en el Código Civil (artículos 824 y 825) en materia de sucesión *ab intestato*, conforme al artículo 807 del Código Civil, y habrá que respetársele su legítima (artículo 883 del Código Civil) si existiere testamento. Igualmente, las causales de indignidad que haya entre los concubinos, se aplicarán conforme al artículo 810 del Código Civil". Así lo sostuvimos en: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, p. 233, "...La especialidad del vínculo y el estrecho afecto que la ley presume une al *de cujus* con el heredero es el fundamento que inspira la vocación hereditaria; es indudable que tales elementos llevan a sostener tal vocación respecto de la concubina en la sucesión *ab intestato* o sin testamento" y especialmente nota 65. "Las interrogantes en esta materia deberán tener por norte las normas correspondientes en materia de sucesión hereditaria. Y así, por ejemplo, no podría el concubino en vida desconocer por vía testamentaria la legítima que le correspondería a su concubina en aplicación del artículo 883 del Código Civil".

[39] "Ahora bien, equiparando a los concubinos o a los unidos a los cónyuges en lo compatible entre estas figuras y el matrimonio, considera la Sala que mientras exista la unión, cada uno podrá exigir alimentos al otro partícipe, a menos que carezca de recursos o bienes propios para suministrarlos, caso en que podrá exigirlos a las personas señaladas en el artículo 285 del Código Civil. Igualmente, en caso de declaración de ausencia de uno de los miembros de la unión, la otra podrá obtener una pensión alimentaria conforme al artículo 427 del Código Civil".

[40] "A juicio de esta Sala, en estos supuestos funcionará con el concubino de buena fe, las normas sobre el matrimonio putativo, aplicables a los bienes".

mismo, la Sala considera nula la venta entre concubinos por aplicación del artículo 1481 del CC[41].

Al margen de las reacciones radicales de rechazo y algunas hasta de precaria objetividad académica que han propiciado la citada sentencia[42], dictada con ocasión de un recurso de interpretación constitucional[43], vamos a comentar superficialmente ciertos aspectos que considera la referida decisión judicial en torno a los efectos o alcance del concubinato:

Nos mostramos plenamente de acuerdo, porque así inclusive tuvimos oportunidad de indicarlo, con anterioridad a la decisión en comentarios, que por aplicación del artículo 77 de la Carta Magna entre los efectos

---

[41] "Esta ausencia de registro y, por tanto, de publicidad, que puede mantener al concubinato oculto respecto a los terceros, plantea la pregunta de si es nula la venta entre los concubinos, tal como lo establece el artículo 1481 con respecto a los cónyuges.
A juicio de esta Sala, dados los efectos que se reconocen a la "unión estable", sería una fuente de fraude para los acreedores de cualquiera de los concubinos, aceptar que uno vendiera al otro los bienes comunes documentados a su nombre o poseídos por él y, en consecuencia, quien demuestre que la venta ha ocurrido entre ellos, puede invocar la existencia de la unión y tratarlos como bienes comunes o, según los casos, pedir la nulidad del negocio".

[42] Véase: Barrios, Haydée y otros: *Sala Constitucional y las uniones estables de hecho. Breve análisis crítico de la sentencia dictada el 15 de julio de 2005 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, relativa a la interpretación del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* En: VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford. Alemán. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006, pp. 181-212, los autores concluyen: "Por tanto, según el criterio de la Sala podemos afirmar; EL MATRIMONIO –como ejemplo de compromiso formal– HA MUERTO; VIVA LA UNIÓN ESTABLE DE HECHO, que siendo informal, es el nuevo tipo de compromiso formal" (*Ibíd*., p. 212, Destacado y mayúsculas originales); Carrillo Artiles, Carlos Luis: *Desatinos y aciertos de la sentencia de la Sala Constitucional que interpreta el artículo 77 de la Constitución de 1999, en torno al alcance y contenido de las uniones estables de hecho*. En: Tendencias actuales del Derecho Constitucional Homenaje a Jesús María Casal Montbrun. Caracas, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica "Andrés Bello", 2007, 611-632, el autor indica que la decisión incurre en usurpación de funciones legislativas e invasión flagrante de la reserva legal, desnaturaliza la protección del matrimonio, incurre en la asunción de realidades legales inexistentes, crea limitaciones a la libertad individual y erige invenciones contradictorias al orden jurídico preestablecido (*Ibíd*., pp. 631 y 632).

[43] Vale indicar que el alcance e implicaciones del recurso de interpretación constitucional escapa al objeto del presente comentario. Sin embargo, un resumen de la polémica generada en torno al mismo puede verse en: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General).* Caracas, edit. Texto, 2ª edic., 2007, pp. 537-544.

patrimoniales extensibles al concubinato, además de la comunidad concubinaria que es anterior a la Constitución de 1999, ciertamente se encuentran la *vocación hereditaria*[44]*,* para el caso obviamente que la muerte tenga lugar en la vigencia de la relación de hecho[45]. Es sin lugar a dudas, a la par de la comunidad de bienes, el efecto patrimonial más importante derivado de la unión marital.

El rechazo de cierto sector de la doctrina que conduce a sostener la improcedencia de la equiparación de los efectos del concubinato al matrimonio, y por ende la vocación hereditaria del concubinato, alegando; el carácter programático de la norma constitucional[46], la obligada espera de desarrollo legislativo[47], que una asimilación entre matrimonio y concubinato contraría la voluntad de quienes no con-

---

[44] Véase Domínguez Guillén, *Las uniones...*, pp. 232-236, (*supra* Nº XI.2.2.2).

[45] Obviamente si la muerte se produce bajo la vigencia del concubinato. Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Barinas, Sent. 13-3-07, Sol. Nº 07-2031, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/803-14-Sol.Nº.07-2031-07-03-34..html "En este orden de ideas, cabe destacar que por vía jurísprudencial y vinculante se reconocen en el concubinato derechos sucesorales a tenor del Artículo 823 del Código Civil, siempre que el deceso ocurra durante las existencia de la unión concubinaria que para ello se requiere de manera inpretermitible la existencia de una Declaración Judicial, razón por la cual al no cursar en autos sentencia definitivamente firme, declarativa de tal situación fáctica, es por lo que resulta forzoso para quien aquí decide, negar la admisión de la presente solicitud; Y ASÍ DECIDE"; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 14-11-07, Exp. N° 07-2149, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/803-14-07-2149-06-11-07..html

[46] Véase sosteniendo el carácter programático del artículo 77 de la Constitución: López Herrera, *Consideraciones sobre algunos...*, p. 114.

[47] Véase: Carrillo Artiles, *Desatinos...*, pp. 612 y 613, el autor afirma que la remisión que hace el artículo 77 de la Constitución sobre las uniones de hecho que cumplan con los requisitos de ley, precisa de "una ley especial que a tal efecto dicte la Asamblea Nacional como órganos federal legislativo", y que tal ley no ha sido discutida, configurándose una tangible inercia legislativa que daría lugar a una "acción por inconstitucionalidad por omisión legislativa del órgano federal" por "silencio del legislador" de conformidad con el artículo 336, numeral 7 de la Constitución. Al efecto, vale observar que si todas las normas constituciones precisaran de una ley especial a los efectos de su aplicación, el superado carácter meramente programático de las disposiciones de la Carta Magna haría nugatorio la aplicación efectiva de la Carta Fundamental. De allí, que la citada posibilidad del numeral 7 del artículo 336 –podría ser necesaria en casos excepcionales– y no en todas las normas constitucionales. Tal posibilidad no es óbice para la aplicación inmediata de la Constitución.

traen matrimonio[48], o bajo pretexto de la fragilidad o impulso sexual transitorio[49], no precisan de mayor análisis porque la interpretación

[48] Véase: Barrios y otros, *Ob. Cit.,* pp. 211 y 212, indican que: "Siendo así, la crisis del instituto matrimonial no puede ser superada mediante su aniquilación y el reconocimiento a ultranza de fenómenos sociales similares al matrimonio –como las uniones estables de hecho– que surgen, precisamente, como consecuencia de dicha crisis... La interpretación que hace la Sala Constitucional del artículo 77 de la Constitución termina siendo un contrasentido: un hecho propio y característico de las uniones estables de hecho es que los convivientes, a través de esa forma de relación buscan evitar la relación matrimonial y, sin embargo, a través de la interpretación de la Sala esas mismas personas que no quieren esa realidad no sólo se ven beneficiados por la estructura legal que la regula, sino que ésta les es impuesta con mayor severidad y les deja un menor ámbito de libertad a su voluntad". Caben hacer varias observaciones a los comentarios anteriores: Al alegato que los concubinos buscan una realidad distinta al matrimonio y no se verían beneficiados por su estructura legal, debe observarse que poco importa la voluntad de quienes buscan o pretenden evitar los efectos del matrimonio mediante el concubinato, porque la norma constitucional es "imperativa" y clara en cuanto a la equiparación de los efectos de ambas instituciones. Equiparación que procede jurídicamente al margen de la voluntad de las partes; tal voluntad sólo encuentra aplicación en materia de Derecho de Familia en la medida que la propia ley lo permita y la Carta Fundamental de 1999 es clara sobre la asimilación de efectos entre matrimonio y concubinato, por lo que su "estructura legal" tiene que ser interpretada a la luz del artículo 77 de la Constitución. Alegar que no se puede equiparar ambas instituciones porque quien vive en concubinato pretende excluir los efectos del matrimonio, no constituye un argumento de derecho, al que se le puede rebatir que si no se desean los mismos efectos no debe mantenerse una relación sustancialmente igual a aquel. Vale preguntarse, ¿Es que antes de la Constitución de 1999 también era injusta la procedencia de la comunidad concubinaria consagrada en el artículo 767 del CC? Por otra parte, el concubinato es una situación de hecho sustancialmente similar al matrimonio que surge espontáneamente y no mediante un acto jurídico como aquél, afirmar que su nacimiento es producto de la crisis del matrimonio, además de no ser un argumento jurídico, se presenta como una afirmación no demostrada en el ámbito extrajurídico.

[49] Véase no obstante ser anterior a la sentencia en comentarios: González Fuenmayor, *Ob. Cit.,* p. 301, que indica: "El concubinato intenta reivindicarse hasta en lo idiomático y adopta hoy, con mucha frecuencia, el rótulo de 'unión libre', e incluso se intenta equipararla con el matrimonio legítimo, o sea, la situación de hecho con la de derecho. La seguridad y estabilidad de una institución, cual es la del matrimonio, no pueden parangonarse jurídicamente con la versatilidad y fragilidad vincular que caracterizan a la unión libre. Fundada ésta más en los impulsos sexuales transitorios que en la responsabilidad de permanente convivencia y en la noble finalidad de crear una familia, su solidez no ofrece garantía alguna. Darle al concubinato la misma categoría que al matrimonio, en relación a la personas con capacidad para contraer legítimas nupcias, significaría la destrucción del principio en el cual se basa la unión: la mutua asistencia y defensa de los cónyuges que consagra el matrimonio frente a la espontánea constancia que brindan los compañeros o amantes. La inestabilidad característica del concubinato hace difícil reconocer derechos que sólo subsisten mientras que las partes viven en común y que desaparecen en el momento en que se separan por libérrima decisión de cualquiera de ellas". A lo anterior cabe observar, que en modo alguno el concepto jurídico de concubinato tiene que ver con simples "compañeros o amantes". Contrariamente la estabilidad viene dada por su proyección sustancial de vivir como marido y mujer y en lo absoluto producto de impulsos sexuales transitorios que descartan *per se* la idea de estabilidad del

del citado artículo constitucional no deja margen o espacio a los prejuicios, aun cuando se tiñan con criterios académicos. Ha sido superado el carácter meramente programático de la Carta Magna[50], de lo contrario no se plantearía la existencia de normas inconstitucionales que podrían ser desaplicadas por vía del control difuso de la constitucionalidad[51]. La Constitución constituye una norma superior de aplicación inmediata en torno a los efectos del concubinato[52], pues reconoce a éste como una institución con un fin sustancialmente semejante al matrimonio, como indicó una decisión de instancia del Área Metropolitana de Caracas, con anterioridad a la sentencia en comentario: "la jerarquía de la norma constitucional, aunada a su condición de ley más reciente, derogan cualquier disposición que colida con ella"[53].

Hace más de sesenta años una sentencia de un Tribunal de La Habana se pronunció en torno a la equiparación entre matrimonio y concubinato a propósito del derecho a suceder, precisamente por aplicación de la norma constitucional, cuya jerarquía ciertamente es superior: "La equiparación constitucional al matrimonio comprende, al considerarlos igua-

concubinato. La circunstancia de que el concubinato se extinga unilateralmente sin precisar divorcio no es indicativo de fragilidad o estabilidad, sino de ser una situación de hecho, porque una relación concubinaria bien podría ser más estable en tiempo y circunstancias que numerosos matrimonios fugaces. Por otra parte, expresiones como "legítimo" o "noble finalidad" para referirse al matrimonio por oposición al concubinato, denotan una proyección peyorativa superada inclusive con gran antelación al texto constitucional, a saber, en la reforma del CC de 1982. Véase en sentido similar, pronunciándose en contra del concubinato hace más de medio siglo: Moreno Mocholi, Miguel: *El Concubinato.* Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Civil, 1951, señala radicalmente el autor que el concubinato en todas sus formas y circunstancias sin distingos suponen la oposición y rechazo más concluyente a la sagrada institución del matrimonio, revestida de excelsa dignidad (*Ibíd*., p. 23).

[50] Véase: García De Enterría, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid, edit. Civitas, 1994.

[51] Véase artículo 20 del CPC y 334, 1° aparte de la Constitución.

[52] Véase: Cornieles, *Ob. Cit.,* pp. 213 y 214, la Sala Constitucional ha sostenido que la norma del artículo 77 es de aplicación inmediata, superando la vieja tesis según la cual era imprescindible el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales en materia de familia para que tuvieran vigencia efectiva.

[53] Véase: Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia 24-6-04, Expediente N° 26.759.

les sin identificarlos, todos los efectos sociales y económicos que el primero produzca en tanto en cuanto se enmarquen y desenvuelvan dentro de los deberes de asistencia y *sucesión* que con la protección a la familia se quieren regular y garantizar; traduciéndose los beneficios económicos a la mujer en la cuota hereditaria que a la viuda correspondería si la extinción de la unión extramatrimonial ocurre por muerte y si por otro motivo, por las reglas del Código relativas a la disolución de la sociedad de gananciales que de hecho existe y que, si antes no era legal y fue constantemente repudiada por la jurisprudencia, hoy ha asumido ese carácter en mérito a la Constitución que no es más que una Ley de grado superior a las demás"[54].

La aplicación y vigencia de la Constitución reclaman su aplicación inmediata y de ello no escapa la norma del artículo 77. Sostener la necesidad de desarrollo legislativo para la aplicación de la normativa constitucional, dejaría en desamparo los derechos de rango constitucional, supeditándolos a la absoluta inercia del Legislador; siendo lo cierto, que los derechos constitucionales de la persona, no sólo son de aplicación inmediata, sino que el Legislador no puede limitar o restringir el alcance de los mismos, so pena de "inconstitucionalidad". Es la interpretación que hemos considerado lógica para lograr la máxima protección de los derechos de la persona.

Se aprecia una decisión de instancia anterior a la sentencia en comentario que a la luz del artículo 77 de la Carta Magna indicó: "En consecuencia resulta obligante a los operadores de justicia adelantarse a la labor legislativa que compete al Congreso Nacional para precisar *grosso modo* el alcance, contenido e inteligencia sobre los posibles requisitos de ley de los que habla nuestra Carta Magna para reconocer y en consecuencia amparar a la relación concubinaria de la misma forma que se hace con la institución matrimonial, entendiéndose en consecuencia cuando ésta sea la vinculación entre un hombre y una mujer convivientes carente de impedimentos para contraer legalmente matrimonio que se hayan recíprocamente dispensado en forma estable, permanente y notoria el trato de marido y mujer, entonces fortalecida y solidificada por el

[54] Véase: Núñez y Núñez, *Ob. Cit.,* p. 21, cita sentencia de 5 de junio de 1943 por el Juzgado de Primera Instancia del Sur de 1La Habana.

cumplimiento voluntario y consciente de los deberes y ejercicio de los derechos que la legislación venezolana prevé para el matrimonio"[55].

Valdría reconocer que por más que no se esté de acuerdo con la equiparación sustancial entre matrimonio y concubinato, la imperativa redacción y sentido del artículo 77 de la Constitución, no deja mucho espacio al desacuerdo. Se podrá criticar o rechazar dicha norma constitucional, pero desconocer su obvia existencia, es casi pretender un papel superior al Constituyente[56]. Ni siquiera cabe el alegato de que se trata de una norma injusta o inconstitucional dentro del texto de la Carta Magna porque la consagración o equiparación jurídica responde a una justa realidad sustancial. Finalmente, reiteramos que es improcedente sostener la necesidad de desarrollo legislativo de tal norma, pues amén de haberse superado el carácter netamente programático de las normas constitucionales, la aplicación inmediata del dispositivo, llevaría necesariamente a calificar de "inconstitucional" cualquier texto normativo de rango inferior que pretenda limitar en el futuro los alcances de la norma constitucional, según tuvimos oportunidad de indicar con anterioridad a la citada decisión de la Sala[57].

De manera pues, que la equiparación en su esencia (mas no en su forma) entre matrimonio y concubinato, en lo que sea por su naturaleza asimilable es evidente y además con proyección y soporte constitucional. La diferencia entre ambas instituciones no estaría –en la actualidad– fundamentalmente orientada a sus efectos jurídicos (especialmente los patrimoniales), sino a su prueba. Pues en definitiva, uno es una situación de derecho y otro una situación de hecho, y esta última precisa una prueba distinta al matrimonio que viene marcada por el respectivo control judicial con las debidas garantías jurisdiccionales. De allí que la sentencia en comentarios, ratifique acertadamente según se indicó, la necesidad de declaratoria judicial de la unión

[55] Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 23-7-03, Exp. Nº: C- 1784-02, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/818-23-C-1784-02-.html

[56] Es decir, el Juzgador o intérprete podría no estar de acuerdo con la equiparación sustancial entre matrimonio y concubinato que impone el artículo 77 de la Carta Magna, pero no es quien para cuestionar su procedencia, vista la claridad e imperatividad de la norma constitucional.

[57] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, p. 247.

concubinaria para acceder a reclamar los efectos correspondientes, que son los que de seguida analiza la Sala.

También refiere la sentencia bajo análisis, la procedencia de la *obligación de alimentos* entre concubinos, que según acota la Sala podría tener lugar inclusive en caso de "ausencia" de conformidad con el artículo 427 del CC, porque dicha norma consagra la posibilidad del cónyuge del ausente de obtener una pensión alimenticia. Nos mostramos de acuerdo con la posibilidad de alimentos entre concubinos, como en efecto los indicamos con anterioridad dentro de los efectos patrimoniales[58]. Indicamos que en el concubinato podía tener lugar el deber de socorro económico consagrado en los artículos 139 y 286 del CC. Aun cuando señalamos que "No obstante, en virtud de la naturaleza espontánea de la unión concubinaria vemos difícil la aplicación de la obligación alimentaria, pues la procedencia de ésta en caso de cónyuges precisa de la vigencia del vínculo, pues en principio no existe obligación de alimentos entre ex cónyuges[59] por lo que tampoco existiría entre ex concubinos[60]. De allí la dificultad de pretender judicialmente tal obligación en el concubinato, pues éste se extingue por la sola voluntad de una de las partes, y la vigencia del vínculo es requisito de procedencia de la pretensión de alimentos"[61]. Pero en todo caso, de reconocerse su vigencia sería procedente[62]. De allí que de mediar la correspondiente declaratoria judicial

[58] Véase: *Ibíd*., pp. 236 y 237. Véase en el mismo sentido: Hernández de Sojo Bianco, *El derecho...*, p. 708.
[59] Salvo en los supuestos excepcionales del ordinal 7° del art. 185 y 195 CC.
[60] Véase: DFMSC8, Sent. 7-12-84, J.R.G., T. 88, pp. 145 y 146.
[61] Por tratarse el concubinato de una situación de hecho, se hace necesaria su prueba en juicio aunque ya se haya disuelto dicha comunidad, para pretender por ejemplo la existencia de una comunidad concubinaria o la condición de heredero; en tales casos generalmente el reclamo del actor procede ante la disolución de la pretendida comunidad concubinaria. La obligación de alimentos *per se* supone una unión de hecho vigente pero igualmente el pretensor debe probar su estado de concubino a fin cumplir con uno de los requisitos de la obligación alimentaria, a saber, el vínculo entre solicitante y obligado.
[62] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, p. 237, "Sin embargo, de darse el supuesto excepcional de mantenerse vigente un concubinato respecto del cual media una sentencia de contenido alimentario la misma deberá ser cumplida por aplicación de la equiparación de los efectos. El presente efecto patrimonial a diferencia de los anteriores exige la vigencia o permanencia de la relación concubinaria a los fines de la procedencia de la acción; esto hace inoperante el deber de alimentos entre concubinos, pues como veremos los efectos patrimoniales suelen reclamarse cuando ha cesado el cumplimiento de los deberes personales".

del concubinato y ante el supuesto de ausencia declarada (indicado por la Sala) procedería de darse los presupuestos legales la citada obligación de alimentos. Cabría como es lógico, en su asimilación al cónyuge, admitir la legitimación de la concubina para instar al procedimiento de ausencia o de incapacitación[63].

Pasando a ciertos efectos personales que consideró la sentencia, se presenta correcto –a nuestro parecer– el planteamiento de la decisión 1682 sobre la *improcedencia de los deberes inherentes al matrimonio consagrados en el artículo 137 del CC*, respecto del concubinato, dada la naturaleza espontánea de la situación de hecho que supone el concubinato y que la diferencia del matrimonio. Razón por la cual –según indicáramos en su momento[64]– lo que constituyen deberes en la situación de derecho que representa el matrimonio difícilmente podría ser exigido en una relación de hecho espontánea[65] que desaparece a la par de la simple voluntad de una de las partes, diferencia fundamental con el matrimonio, y que hace imposible el divorcio en la unión estable por su propia naturaleza. Coincidimos con la sentencia, igualmente, en torno a la improcedencia de la utilización "formal" *del apellido del marido* por parte de la mujer concubina, por no existir prueba preconstituida de la unión mientras ésta no se extingue. Sin embargo, acotamos en su momento que, sin embargo, la utilización informal (no de negocios jurídicos) de dicho apellido como parte de las relaciones sociales con la venia del concubino, pudiera servir de elemento de posesión de estado[66].

---

[63] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 299.

[64] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, pp. 239 y 240. "...pensamos que por la propia dinámica derivada de la relación concubinaria que surge en forma espontánea y de la misma forma se extingue, es muy difícil pretender una proyección jurídica de los deberes y derechos de contenido personal del matrimonio al concubinato, especialmente en lo que respecta a la cesación".

[65] Funcionarán como una suerte de obligación natural que se cumple voluntariamente pero que no es exigible judicialmente.

[66] Véase: *Ibíd*., p. 241, "Por la propia dinámica de la "situación" de hecho concubinaria que precisa de ser probada judicialmente en cuanto a su tiempo de duración y que generalmente se acude a ello, una vez culminada la misma a falta de acuerdo entre las partes, no vemos tampoco predicable respecto de la concubina la utilización del apellido de la mujer casada que establece el artículo 137 del Código Civil por lo menos en lo que respecta al cambio formal ante el Servicio Nacional de Identificación. Sin embargo, la posibilidad de usar el apellido del concubino como parte de sus relaciones sociales y no a nivel de negocios jurídicos, si tuviere lugar con la venia del concubino, podría servir como elemento indicativo de la correspondiente posesión de estado".

Por otra parte, vale indicar que *no* nos parece que se pretenda establecer un *tiempo límite* mínimo que sea indicativo de la estabilidad de la relación concubinaria[67], porque según indicamos tal estabilidad no depende de un número determinado de años, ya que el ordenamiento no impone un tiempo mínimo –a pesar de las referencias legislativas para casos particulares–, pues lo que simplemente se descartan son las relaciones que aunque duraderas no supongan una comunidad de vida[68]. De allí que no se debería establecer limitaciones que la norma constitucional no impone; en el matrimonio cualquiera que sea el tiempo de vigencia de éste, los bienes habidos forman parte de la comunidad y lo mismo debe acontecer respecto de la relación concubinaria. El tiempo indicativo de los dos (2) años referidos en función de una ley especial, ha de servir simplemente como criterio orientador que en modo alguno constituye óbice para considerar uniones estables con un tiempo de duración inferior a tal lapso.

Se aclara que ha de tratarse de la unión entre *un solo hombre y una sola mujer*, para aludir a una relación monogámica como el matrimonio[69], pues acota la Sala que si la bigamia está prohibida debe descartarse la coexistencia de relaciones en un mismo plano. Esto es, la vigencia simultánea de varios concubinatos ubicados sustancialmente en el mismo nivel, a lo que debe aclararse que la infidelidad no impide en modo alguno la existencia de la relación concubinaria como tampoco afecta al

[67] Alegando el artículo 33 de la Ley de Seguridad Social. Véase referencia en este sentido en leyes especiales en: Ramos Sojo, *La situación de las parejas...*, p. 223.
[68] Véase: Hernández de Sojo Bianco, *El derecho...*, p. 703, refiere que no establece el legislador un lapso de duración de esa unión, pero se descartan relaciones casuales.
[69] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, 218, "Y como es obvio, adicionalmente, ha de ser una relación monogámica, a saber, entre un 'solo' hombre y una 'sola' mujer".

matrimonio[70], salvo que en este último constituye causal de divorcio, al configurarse el adulterio[71]. El concubinato –según veremos[72]– supone la unión de personas de diverso sexo, por lo que se excluyen relaciones homosexuales[73].

La Sala deja claro según se indicó que el concubinato supone la unión entre "un hombre y una mujer" siendo necesario que ninguno de ellos esté casado pero luego someramente admite la posibilidad de "*concubinato putativo*", es decir, que surta efectos para el concubino de buena fe. Realmente tal excepción rompe con el concepto y sentido tradicional del concubinato, que excluye el estado civil de "casado", pues la situación era resuelta por vía de la comunidad ordinaria sin desvirtuar o desnaturalizar la esencia de la unión de hecho[74]. Especialmente porque la norma constitucional es clara en remitir al cumplimiento de los requisitos de ley, de los cuales por aplicación del artículo 767 del CC, se descarta el matrimonio de uno de los convivientes. A pesar de que se pudiera considerar injusta dicha exigencia y así lo reseñara hace más de una década Bocaranda Espinoza, a ello se le adicionan los inconvenientes jurídicos y prácticos que supondría la simultánea aplicación de un régimen matrimonial y otro concubinario a la hora de una eventual par-

[70] Véase Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 23-7-03, Exp. Nº: C- 1784-02, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/818-23-C-1784-02-.html "...dejando sentado quien aquí sentencia que acoge parcialmente los criterios de permanencia y estabilidad, que anteriormente se citaron de la obra del autor patrio JUAN JOSÉ BOCARANDA mas no el criterio absoluto señalado como tercera característica para reconocer y declarar al concubinato, esto es, el de la singularidad equivalente a mutua exclusividad sexual, de manera destacada la masculina por resultar cotidianamente en nuestra cultura muy cuestionada en la propia institución matrimonial, razón por la cual considera quien aquí sentencia que la inclusión de tal característica-requisito configura en realidad un débito conyugal en la institución matrimonial cuyo incumplimiento deviene en causal para la solicitud de la disolución del vínculo y no para el reconocimiento de su existencia jurídica lo que ASÍ DEJA POR SENTADO".

[71] Véase artículo 185, ord. 1° CC.

[72] Véase *infra* N° XII.4.

[73] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, p. 218, "De tal suerte, que en función de la normativa civil y constitucional no es procedente la extensión del concepto de uniones de hecho estables o concubinarias a relaciones entre personas del mismo sexo".

[74] Véase: *Ibíd*., pp. 220 y 221.

tición[75]. Se ha indicado así que la circunstancia de que uno de los miembros de la unión de hecho esté casado[76], desvirtúa la posibilidad de una comunidad concubinaria, pero no es óbice para la existencia de una comunidad ordinaria,[77] pues constituiría una suerte de enriquecimiento sin causa aprovecharse del esfuerzo personal y económico de alguien al margen de su estado civil o su orientación sexual, según veremos al analizar la decisión 190 del 28-2-08 de la misma Sala[78].

Así mismo, la Sala descarta la posibilidad de una suerte de *capitulaciones* en el concubinato, pero admite la nulidad de la venta entre concubinos. Por nuestra parte, no vemos óbice, como indicáramos en su momento, sobre la posibilidad de una suerte de acuerdo que tenga exclusiva validez entre las partes, dada por su naturaleza, la ausencia de registro de las uniones de hecho, que tengan por objeto regular el régimen patrimonial como necesaria manifestación del principio de la autonomía de la voluntad[79]. En cuanto a la *prohibición de compraventa* entre concubinos –que sostiene la Sala– por extensión de la prohibición del artículo 1481 del CC, relativa a los cónyuges, se le objeta el carácter taxativo de las incapacidades[80], pues constituye una regla en materia de incapacidad la improcedencia de la analogía. Sin embargo, sería difícil o al menos inconsecuente consagrar los mismos efectos entre matrimonio y concubinato, y no considerar las mismas excepciones, por lo que ca-

---

[75] Vale indicar que Juan José Bocaranda Espinosa en su citado trabajo de ascenso a la categoría de asistente titulado, La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales, sostenía la posibilidad de la existencia de la comunidad concubinaria no obstante el estado de casado de alguno de los convivientes, y al efecto distinguía cinco (5) hipótesis posibles; señalaba que en casos de interferencia extramatrimonial el Juez debe buscar una solución de equidad. (*Ibíd*., pp. 39 y 40). En la defensa pública de dicho trabajo en 1995 sostuvo la posible procedencia de la comunidad concubinaria no obstante el estado civil de casado. Estuvimos presente en tal defensa pública, y es de indicar que la objeción fundamental de la mayoría del Jurado (Levis Ignacio Zerpa y César Ramos Sojo) no sólo se orientaba a tal planteamiento sino en especial a la imposibilidad de explicar cómo procedería en tales supuestos una posible partición. Véase también reseñando la contradicción que supondría dos titulares similares: Carrillo Artiles, *Desatinos*..., pp. 629 y 630.

[76] Creemos que al margen del desconocimiento de tal circunstancia, es decir, de la buena fe respecto de una de las partes.

[77] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones*..., pp. 230 y 231.

[78] Véase *infra* N° XII.4.

[79] Véase: *Ibíd*., p. 238 incluyendo nota 85, se cita también opinión de González Fernández, *El concubinato...,* pp. 233-235. Véase más recientemente, en sentido semejante: Carrillo Artiles, *Desatinos*..., pp. 628 y 629.

[80] Barrios y otros, *Ob. Cit.,* p. 209.

bría concluir que la disposición del Constituyente no constituye analogía[81], pero tal planteamiento debería llevar a admitir una suerte de capitulaciones concubinarias (*mutatis mutandi*)[82], porque una equiparación con el matrimonio debería operar en la medida de los mayores efectos que sean predicables. Por su parte, a todo evento y al margen de ser discutible, la invalidez de la venta entre concubinos precisaría de una declaratoria judicial[83] de concubinato que evidencia que tal negocio jurídico tuvo lugar durante el tiempo de vigencia de éste. La unión de hecho como situación fáctica precisa de declaratoria judicial y el registro de tal situación mientras dure la misma es contrario a su dinámica[84].

Creemos que la norma del artículo 77 es clara en la extensión de los efectos del matrimonio al concubinato; tanto así que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia habían referido algunos efectos como la vocación hereditaria con anterioridad la decisión en comentarios, porque ya ha sido superado el carácter meramente programático de las normas constitucionales. De hecho buena parte de la interpretación de la Sala era, a nuestro criterio, vinculante antes de dicha sentencia, porque "la nueva Carta Magna extiende los efectos del matrimonio al concubinato, sin necesidad de desarrollo legislativo, pues cualquier normativa que pretenda en lo sucesivo restringir el mandato constitucional estaría

---

[81] Es decir, aplicar la misma consecuencia jurídica a un supuesto no previsto por el Legislador.

[82] Cambiando lo que pueda cambiarse, en función de la naturaleza de la institución. Por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales necesariamente son previas al matrimonio; por su parte, el nacimiento espontáneo de la relación de hecho haría difícil pensar en la realización previa de una suerte de capitulaciones, pero bien podría tener lugar durante la vigencia de la relación concubinaria, la posible realización de acuerdos patrimoniales dentro de la autonomía de la voluntad y el orden público, que tuvieran exclusiva validez entre las partes dada la ausencia de Registro. Es decir, se trata de asumir los mismos efectos, en la medida que pueda cambiarse o asimilarse, porque lo contrario supondría tratamiento y efectos diferentes que irían en contra de una equiparación sustancial entre matrimonio y concubinato.

[83] Según reiteradamente se ha indicado.

[84] Véase: TSJ/SCC Sent. N° 626 del 12-8-05, "se observa que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en su artículo 77, quedan reconocidos constitucionalmente los derechos de los concubinos; en consecuencia, los efectos del matrimonio son aplicables a las uniones estables de hecho, pero tal como se evidencia de la misma en cuanto al consentimiento que se deben los cónyuges para las enajenaciones de los bienes de la comunidad, no se reconoce por ausencia de publicidad y registro que comuniquen la existencia del concubinato".

viciada de inconstitucionalidad"[85]. De tal suerte que, a nuestro criterio, la sentencia, al margen de cualquier impropiedad de la cual no escapa ninguna obra humana ni jurídica, tiene el mérito de delinear la extensión de algunos efectos (especialmente los patrimoniales) del matrimonio al concubinato. Resulta positivo dejar clara la procedencia de la vocación hereditaria en el concubinato por constituir uno de los efectos patrimoniales más importantes en juego[86]. No está de más la labor de la Sala, considerando que algunos sostienen la necesidad de texto legislativo para concluir lo obvio, es decir, la equiparación sustancial entre matrimonio y concubinato. Finalmente, las críticas a dicha sentencia olvidan que la Sala simplemente enumeró lo que a su criterio son algunos efectos comunes entre matrimonio y concubinato, por expresa disposición del artículo 77 de la Constitución. Pero "ciertos" efectos (como la vocación hereditaria), no son tales por obra y gracia de la sentencia, sino por obvio imperativo constitucional.

4. LAS UNIONES ESTABLES DE HECHO SEGÚN LA DECISIÓN 190 DEL 28-2-08 DE LA SALA CONSTITUCIONAL (IGUALDAD *VS* UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES)

En relación con la solicitud de interpretación planteada, el solicitante realizó varios señalamientos que giran en torno a la orientación sexual como elemento de discriminación de la persona y el severo e infundado rechazo social que –a su decir– se produce en contra de las personas homosexuales; que no pueden ejercer libremente las actividades propias de su condición como la convivencia con una pareja del mismo sexo (situación difícil de explicar en función de la no discriminación, si tiene lugar la estabilidad, el tiempo y el afecto mutuo); que la unión de

[85] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones...*, p. 247, y concluimos: "La Constitución refleja una justa realidad y es que quienes unen su vida y sus esfuerzos con un fin común en las mismas condiciones sustanciales que los cónyuges merecen el mismo tratamiento por parte del orden jurídico".

[86] Véase: *Derechos sucesorales de los concubinos*. Consulta N° 26.037 del 15-02-06, arancel.seniat.gov.ve/.../Sucesiones_y_Donaciones/26037__15-02-06__Derechos_sucesorales_concubinos.pdf, se indica que "a criterio de esta Gerencia el referido fallo emanado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es vinculante y por lo tanto debe reconocerse los derechos sucesorales de los concubinos en los términos y alcance de la sentencia...".

hecho homosexual no disfruta de efectos patrimoniales; que la discriminación por orientación sexual es contraria a los instrumentos internacionales; que el artículo 77 de la Constitución (que alude a hombre y mujer) colide con el principio constitucional de la no discriminación consagrado en el artículo 21 *eiusdem* y, finalmente, pide que se defina: "...el ámbito de aplicación de esa interpretación específicamente la posibilidad de reconocer jurídicamente las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo y sus consecuentes efectos patrimoniales"[87].

Luego de explanar los alegatos de las partes intervinientes y la opinión de la Defensoría del Pueblo, la Sala en su aparte IV desarrolló la motivación para decidir, señalando que: 1.- En relación con la interpretación del artículo 21, cardinal 1 de la Constitución (que prevé que no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, sexo, credo, condición social o que tengan por objeto menoscabar la igualdad de los derechos de toda persona) la jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado sobre el alcance y contenido del principio de igualdad, como trato igual para iguales y trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad, por lo que es constitucionalmente prohibido el trato desigual frente a situaciones idénticas[88]. Dentro de la prohibición de discriminación, ciertamente –a criterio de la Sala– se encuentra la orientación sexual.

2.- En relación a la colisión del citado artículo con el 77 de la Constitución, porque éste otorga a las uniones de hecho entre hombre y mujer los mismos efectos que el matrimonio, pero no así a las uniones homosexuales, se indicó que dicha norma recoge dos preceptos: una protección reforzada de la institución matrimonial entre un hombre y una mujer (relación monogámica entre personas de distinto sexo) y equipara jurídicamente las uniones estables entre un hombre y una mujer al matrimonio, siempre que cumplan los requisitos de ley. La incorporación de esto último respondió a una realidad social a favor del concubinato reconocida desde el Código Civil de 1942; se cita la decisión 1682 del 15-7-08 sobre el alcance y efectos de las uniones de hecho entre un hombre y una mujer que cumpla requisitos de ley; se cita el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, donde expresamente, no obs-

---

[87] Destacado de la Sala.
[88] Cita decisiones N° 536 de 8-6-00 y 1197 de 17-10-00.

tante la discusión, se optó por la redacción actual, relativa a "hombre y mujer", lo que evidencia una escogencia deliberada del Constituyente, que optó por una protección reforzada a una institución jurídica concreta como es el matrimonio entre hombre y mujer, y su equiparación igualmente entre uniones entre hombre y mujer, como base del nuevo orden jurídico. Dicha protección reforzada –a criterio de la Sala– ni implica un trato discriminatorio respecto de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, pues la equiparación entre matrimonio y concubinato (entre hombre y mujer) busca "igualar jurídicamente dos situaciones sustancialmente similares aunque formalmente distintas", por lo que no cabe la concepción de que en el trato desigual a situaciones jurídicamente también desiguales, exista colisión constitucional ni discriminación alguna[89]. Por ende, en criterio de la Sala la protección reforzada de matrimonio a personas de distinto sexo es extensible a uniones de hecho con una asimilación sustancial –bajo pena de violación de la igualdad– es decir, uniones de hecho estables entre un hombre y una mujer. En consecuencia, "mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto". Finalmente, la Sala destaca que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo como expresión del libre desenvolvimiento de la personalidad, simplemente no le otorga la protección reforzada, lo que ciertamente no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual. De hecho, el disfrute de los derechos económicos es posible en casos de uniones entre personas del mismo sexo no a través de la comunidad concubinaria (por no cumplir con el mismo requisito) pero sí a través de la comunidad ordinaria en los términos que la legislación civil lo permite. Como acontece igualmente respecto de otras uniones de hecho que no cumplan lo requisitos de ley como las adulterinas, pues nada obsta para que dos personas al margen del sexo realicen un aporte de bienes y esfuerzos al logro de un fin común, pues lo contrario ciertamente conllevaría a

---

[89] Ratifica la Sala que la igualdad supone trato igual a quien está en situación de igualdad según veredicto N° 989 de 13-5-02 de la propia Sala, reiterado en sentencia N° 2121 del 6-9-03, "la igualdad como diferenciación toma en cuanta las diferencias que existen entre hechos aparentemente similares...".

situaciones injustas que rozarían el límite del enriquecimiento sin causa si se han unido esfuerzos personales y económicos en una comunidad.

De allí que finalmente concluye la Sala en su decisión que de conformidad con el artículo 21 de la Carta Magna no es posible dentro del marco constitucional venezolano, la discriminación en razón de la orientación sexual y *declara* que el artículo 21, numeral 1 de la Constitución *no* con colide con el 77 *eiusdem*. La decisión presenta un voto salvado[90] que refiere que más que determinar si las parejas homosexuales pueden alcanzar los mismos efectos que el matrimonio la mayoría sentenciadora debió centrarse en los alcances que la Constitución podía ofrecer a los tipos de familia que no respondan a los patrones tradicionales y debió situarse en el período de transición normativa y cultural de la Constitución, resultando impropio la remisión a la comunidad ordinaria, pues ello no parte de la institución social familiar[91].

En sentido semejante se pronunció la Corte colombiana hace más de una década: "En su Sentencia C-098/96, del 15 de abril de 1996, la Corte Constitucional de Colombia señaló que en las uniones maritales heterosexuales están presentes algunos elementos que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos. En este sentido, las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman una familia, son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su "protección integral" y, en especial, que "la mujer y el hombre" tengan iguales derechos y deberes (Constitución Política de Colombia, arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. La debilidad de la compañera permanente se encuentra en el origen de las disposiciones constitucionales y legales citadas y, en consecuencia, el contexto de desprotección identificado no era otro que el de las parejas heterosexuales. En suma, la Corte considera que son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa,

---

[90] Por parte de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

[91] Concluye que hubiese sido mucho más enriquecedor si la disentida se hubiese dedicado a plantear las implicaciones éticas del reconocimiento de parejas del mismo sexo que exigen respuestas jurídicas (régimen patrimonial, interdicción, constitución de hogar, adquisición de nacionalidad, adopción, derechos sucesorales, visitas penitenciarias, etc.). Agrega: "En fin, este voto disidente responde a una exigencia ética y pedagógica, cual es la de develar los temas prohibidos de la sociedad civil que empañan el desarrollo del proyecto constitucional libertario, pluralista y sobre todo incluyente...".

y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, más aún si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el legislador se encuentra obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en las normas objeto de impugnación. Para la Corte, la posición asumida por el legislador podría ser objeto de un examen de constitucionalidad más detenido y riguroso, si se advirtiera un propósito de lesionar a los homosexuales o si de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Sin embargo, el fin de la ley se circunscribió a proteger las uniones maritales heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno"[92].

Vale preguntarse entonces: ¿La equiparación jurídica de rango constitucional en cuanto a efectos entre matrimonio y unión de hecho estable entre hombre y mujer, es extensible a las uniones homosexuales?, o lo que es lo mismo, desde el punto de la interpretación planteada ¿La no extensión de los efectos del artículo 77 de la Constitución a las uniones de hecho homosexuales constituye una violación del principio de igualdad y no discriminación?

En la concepción tradicional de nuestro actual sistema de Derecho, que protege el matrimonio como institución de orden público, sustraída del principio de la autonomía de la voluntad, con miras a formar una familia, el matrimonio ciertamente –a diferencia de otras legislaciones–, debe tener lugar –al menos todavía– entre *un solo hombre y una sola mujer*[93]. Y como el concubinato responde a la misma esencia que el matrimonio[94], la norma constitucional del artículo 77 es clara en precisar –para no dejar lugar a dudas– que debía tratarse igualmente de una unión de

[92] Los derechos fundamentales de las personas con diversa orientación sexual en la jurisprudencia constitucional de Colombia, Comisión Andina de Juristas, http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/orientac.htm. Se indica que a consideración del solicitante "la norma violaba el principio de igualdad al no extender a las uniones homosexuales el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho, no obstante que en aquéllas también se da una comunidad de vida y sus miembros concurren a la formación de un patrimonio con base en su trabajo, ayuda y socorro mutuos. La interrogante a responder era, en consecuencia, si la referida omisión legislativa resultaba inconstitucional".

[93] Véase artículo 44 del CC: "El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer...". Véase *supra* N° III.2.1.1.

[94] Véase *supra* N° XII.3.

hecho estable entre "*un hombre y una mujer*", dada la remisión al cumplimiento de los requisitos de ley[95]. Se ha indicado la necesidad de la diversidad de sexos en este sentido[96].

Pretender en el estado actual de nuestro Derecho la extensión de los efectos del matrimonio que el Constituyente consagró sólo respecto del concubinato a las uniones de hecho homosexuales, ciertamente supondría un redimensionamiento de la institución matrimonial y a su vez de la concubinaria, que está concebida como una proyección de la primera. De tal suerte, que el asunto va más allá de la discusión sobre la pertinencia o no de aplicar los mismos efectos del matrimonio o el concubinato a las uniones homosexuales a la luz del principio de igualdad. Su procedencia jurídica, al margen de los múltiples y polémicos argumentos, podría ser considerada inclusive en un contexto de Derecho, si se quiere de avanzada[97], tal vez en un futuro cercano o lejano. Pero ciertamente, no pareciera que nuestro ordenamiento actual inclusive desde la perspectiva constitucional, presente un grado de desarrollo cuyos actuales principios de orden público, permitan sostener la asimilación del matrimonio y concubinato, por un lado, con las uniones de hecho estable homosexuales por el otro.

La Sala, al tocar una posible colisión del artículo 77 de la Carta Magna con la igualdad y la no discriminación (artículo 21), dejó claro que no existe jurídicamente discriminación, rechazo o menoscabo de los derechos por razón de la orientación sexual, pero ello no permite concluir la extensión de los efectos patrimoniales del concubinato a la unión homosexual, pues la tan discutida asimilación entre matrimonio y concubinato[98] tiene lugar en razón de una semejanza sustancial que

---

[95] Entre los que bien puede ubicarse que se trate de una relación monogámica, a saber, entre un solo hombre y una sola mujer, y que ninguno de éstos esté casado. Véase (*supra* Nº III.2.1.1).

[96] Véase en este sentido: Morales, *Las uniones...*, p. 138, si bien en otros países se aprecia el concubinato homosexual generador de efectos jurídicos, "entre nosotros el Constituyente puso punto final a este debate al imponer la heterosexualidad en las uniones estables de hecho... cerrando las puertas, por los momentos, a la posibilidad de uniones entre personas del mismo sexo"; Rafalli A., *Ob. Cit.,* p. 359, "que se trate de parejas heterosexuales, pues se refiere exclusivamente a las uniones entre un hombre y una mujer": Domínguez Guillén, *Las uniones...*, p. 218. "De tal suerte, que en función de la normativa civil y constitucional no es procedente la extensión del concepto de uniones de hecho estables o concubinarias a relaciones entre personas del mismo sexo".

[97] Y prueba de ello es el voto salvado de la decisión en comentarios.

[98] Véase *supra* N° XII.3.

implica legislativa[99] y constitucionalmente[100] la unión entre un hombre y una mujer, al menos –reiteramos– en el estado actual de nuestro Derecho. De allí la insistencia de la sentencia en considerar que la protección reforzada del artículo 77 de la Carta Magna tiene lugar porque se debe tratar jurídicamente igual a los iguales y desigual a los desiguales (existe igualdad sustancial entre matrimonio y concubinato, pero no así entre éstos y las uniones del mismo sexo). Así pues, es bien sabido que la igualdad no supone una igualdad formal o matemática, pues no se puede tratar igual lo desigual, lo que es lo mismo, se debe tratar igual sólo lo igual[101], y ciertamente "el género" si bien puede no ser importante para múltiples relaciones jurídicas, sí lo continúa siendo en nuestro Derecho para instituciones como el matrimonio, y por consecuencia el concubinato.

Al efecto, indicamos: "Sin embargo, debe reconocerse que no obstante la igualdad imperante en nuestro sistema el sexo es un elemento diferenciador que divide a los seres en dos grandes grupos: mujeres y hombres, distinguiendo así entre el género femenino y el masculino, respectivamente. En ocasiones la pertenencia al sexo es fundamental y la ley le concede relevantes efectos jurídicos; así por ejemplo, en nuestro sistema el matrimonio debe tener lugar entre un hombre y una mujer, y la transgresión del requisito de la diversidad de sexos, vicia el matrimonio de nulidad absoluta"[102]. La asimilación constitucional entre matrimonio y concubinato con expresa distinción e hincapié de que se trate de uniones estables de hecho "*entre un hombre y una mujer"* y que además "cumplan los requisitos de ley", donde la doctrina ubica la necesidad de una relación heterosexual[103], permite concluir que el concubinato en nuestro derecho vigente no puede tener lugar respecto de relaciones de hecho homosexuales. Porque no obstante la igualdad y la no discriminación, respecto de ciertas instituciones jurídicas (como el matrimonio y el concubinato) la diversidad de sexo continúa siendo necesaria e importante.

[99] Véase artículos 44 y 767 del Código Civil.
[100] Véase artículo 77 de la Constitución.
[101] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 568, se indica que como advierte Del Vecchio –citado por Castán Tobeñas–, la expresión "todos los ciudadanos son iguales ante la ley", tiene un valor limitado, admitida la igualdad fundamental, deben admitirse diferencias fundadas en los individuos que la ley debe reconocer...".
[102] Domínguez Guillén, *El estado...*, p. 379.
[103] Véase *supra* N° XII.2.

Lo indicado llevó a la Sala a concluir que no existía colisión entre los artículos referidos[104] y que ello no era óbice para la procedencia de una comunidad ordinaria entre personas del mismo sexo, o heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio, porque lo contrario rozaría el límite del enriquecimiento sin causa. La posibilidad de reclamar una indemnización en las uniones que no reúnan los requisitos de ley, tiene su apoyo a decir de una decisión judicial en la prohibición de enriquecimiento sin causa[105]. Es decir, es la solución jurídica para llegar al mismo efecto práctico de disfrutar de una comunidad de bienes en las uniones de hecho estables dentro del marco de nuestro ordenamiento vigente sin violentar la noción de concubinato[106]. Comunidad

---

[104] La otra opción posible sería haberse planteado la inconstitucionalidad de una norma en el texto de la Constitución por contrariar un principio constitucional como sería la igualdad, pero la consecuencia es la misma: dicha norma atiende a la concepción actual que rodea el matrimonio y el concubinato, concebido entre un solo hombre y una sola mujer.

[105] Véase: Ramos Sojo. *La situación de las parejas no casadas...,* p. 227, cita sentencia que distingue a propósito del concubinato si uno o ambos están casados y señala que si el reclamante no está amparado por la presunción del artículo 767 del CC podrá sin embargo probar que contribuyó en la producción del patrimonio, basado en el principio general de que una persona no puede enriquecerse sin justa causa en perjuicio de otra; la reclamación no se basaría propiamente en la comunidad de hecho sino en la indemnización que da lugar al enriquecimiento injusto de conformidad con el artículo 1184 *eiusdem* (Véase: Juzgado Superior Octavo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Sentencia 7-12-84, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Tomo LXXXVIII, pp. 141-146, especialmente la página 145).

[106] Véase: Domínguez Guillén, *Las uniones* ..., pp. 230 y 231, "Pensamos que en tales casos sería posible admitir la existencia de una comunidad ordinaria o una sociedad, porque ésta simplemente responde a la idea de un aporte común (que puede ser en dinero o en esfuerzo) a los fines de lograr un fin, también común. Sería absolutamente injusto pretender la inexistencia de dicha comunidad ordinaria en función del estado civil de uno de los socios o comuneros. Algunos refirieren incluso la posibilidad de una comunidad sobre bienes determinados. Creemos que es una interpretación que aunque no sea compartida por muchos ofrece una salida justa sin alterar la prohibición expresa de la norma sustantiva o la noción de orden público. Lo contrario ciertamente conllevaría a situaciones injustas y que rozarían el límite del enriquecimiento sin causa si alguien ha unido esfuerzos personales y económicos en una comunidad. Esto en modo alguno supone desplazar el sitial que pretende justamente darle la ley al estado de cónyuge. Vale indicar, que la posibilidad de la comunidad ordinaria en tales casos se limita al ámbito patrimonial por lo que no entrarían en modo alguno en aplicación la mayoría de los efectos patrimoniales y personales que estudiaremos respecto del concubinato"; López Herrera, *Consideraciones sobre algunos...*, p. 105, señala que la comunidad concubinaria descarta el concubinato adulterino pero "nadie discute que siempre y en todo caso, independientemente de que exista o no una situación de concubinato o de que éste, en caso de existir, sea adulterino, toda persona tiene el derecho de ejercer las acciones que legalmente le correspondan, civiles, mercantiles o laborales, a los fines de que el respectivo deudor –sea quien fuere– le reconozca y satisfaga el producto del trabajo que ella haya efectuado para él".

cuya partición quedaría sometida a semejantes vicisitudes jurídicas y sentimentales que una comunidad producto de unión heterosexual[107]. Queda sin embargo, fuera del alcance de la unión homosexual la vocación hereditaria, pero bien pudiera resolverla parcialmente el interesado desde el punto de vista práctico por vía de la sucesión testamentaria, a saber, previendo a favor de alguien (su pareja) una porción de su haber por vía de legado[108]. La obligación de alimentos a las que nos referimos *supra* respecto del concubinato[109], quedaría igualmente excluida de la unión homosexual por no operar la equiparación indicada. Considerar otros efectos personales (diversos a los patrimoniales) respecto de las uniones homosexuales excedería el presente comentario, y pareciera que la propia solicitud al especificarla respecto a las consecuencias patrimoniales[110].

Las anteriores consideraciones giran en torno de lo que se planteó como punto fundamental de interpretación, a saber, la procedencia de los efectos patrimoniales del concubinato a las uniones de hecho homosexuales. Si se fuera más allá, además del citado tinte de orden público que rodea la materia, matrimonio y concubinato constituyen uniones similares en su esencia con consecuencias que superan lo económico entre la pareja de se trate, porque ciertamente se proyectan en relaciones personales o familiares, tocando la creación de una familia, es de decir, de hijos. Y uno de los puntos álgidos, con que ciertamente tropezaría la equiparación absoluta entre matrimonio-concubinato con unión homosexual, no es mayormente con relación a los efectos patrimoniales, como a los personales en relación con los hijos. Es un hecho incuestionable desde el punto de vista natural, psicológico y jurídico, inclusive a nivel constitucional[111] que todo niño tiene derecho a tener un padre y una madre, esto es, una figura paterna y una materna. Aspecto que, al margen de

[107] Véase comentario de: San Juan Armas, *Ob. Cit.,* p. 758, indica que en caso de mediación para la partición de la pareja en caso de divorcio debe considerarse los objetivos de las partes sobre cada tipo de bien y el tipo de vinculación sentimental que tienen con él.
[108] Véase artículos 895 y 927 y siguientes del CC.
[109] Véase *supra* N° XII.3.
[110] Indica la sentencia: Que se defina "...el ámbito de aplicación de esa interpretación, específicamente la posibilidad de reconocer jurídicamente las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, y sus consecuentes efectos patrimoniales". (Destacado nuestro).
[111] Véase artículos 56, 75 y 76.

prejuicios y falsas premisas[112] no tiene lugar en uniones homosexuales. De allí que la reciente LOPNNA de 2007 en su artículo 411 admite según indicamos[113], la adopción en caso de unión estable de hecho que cumpla los requisitos de ley, pero agrega expresamente, conformadas "*por un hombre y una mujer*", amén del interés superior del menor, que debe prevalecer en caso de conflicto inclusive frente a otros derechos e intereses legítimos[114]. Esto ciertamente al margen de la orientación sexual de quien formalice la adopción individual[115]. Tal omisión del Legislador ya se encontraba en la LOPNA anterior, y al efecto indica Baumeister:

> (...)ciertamente que en Venezuela el tratamiento del asunto no tiene un mandato expreso o tácito que regule lo relacionado a la adopción de niños y adolescentes por parte de personas con eventuales modificaciones de conducta sexual, de uno u otro sexo, salvo que con base a que los hemos considerado obvios e implícitos principios morales y normas de buenas costumbres, dentro de los parámetros que debe entenderse conforman el concepto abstracto de "interés superior del niño y adolescente" entendamos que aquéllos forman el sustrato mismo de los criterios que conforman por obvias restricciones o impedimentos para entender se cumple a cabalidad la efectiva existencia de ese interés superior[116].

[112] Como por ejemplo el argumento referido a que si existen niños problemáticos de padres heterosexuales, esto evidencia que no necesariamente son los únicos aptos para su educación. Es decir, se pretende sostener que la igualdad o diversidad de género de los "padres" no afectaría el desarrollo del menor y lo cierto es que es la necesidad básica del niño de contar con ambas figuras (padre y madre) es indudable.
[113] Véase *supra* N° 2. Véase en el mismo sentido respecto de la "colocación": artículo 399 *eiusdem*.
[114] Véase artículos 78 de la Constitución y 8 de la LOPNNA.
[115] De conformidad con el citado artículo 411 de la LOPNNA la "adopción individual puede ser solicitada por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado civil".
[116] Baumeister Toledo, *Ob. Cit.,* pp. 320 y 321.

De allí que en acertada opinión del autor una interpretación de los artículos 20 y 21 de la Constitución bajo el criterio de la no discriminación no puede estar por encima del interés superior del niño especialmente protegido[117].

Sin embargo, la importancia jurídica de la orientación sexual en general es un tópico que ciertamente excede de un comentario a la sentencia bajo análisis. Desde esta perspectiva, temas como el planteado siempre generarán polémica sobre el límite o extensión de los derechos personales, porque cada quien desde su lógica y sana óptica deseará o anhelará el máximo ejercicio de todos y cada uno de los derechos consagrados a favor de la persona humana. Sin embargo, en ocasiones algunos de éstos entrarán en contradicción con los derechos de los demás o irán en contra del tan nombrado orden público. El simple alegato del libre desenvolvimiento de la personalidad consagrado en el artículo 20 de la Carta Magna no constituye por sí solo suficiente argumento para resolver el asunto, porque tal principio encuentra como límite –según concluye la propia norma– los derechos de los demás, el orden público y social[118]. En cualquier caso, la interpretación que se pueda hacer de ello generalmente tendrá dos verdades igualmente defendibles desde la perspectiva en que cada quien se ubique: los valores que en determinado momento den soporte al orden jurídico en cuestión permitirán orientarse por una u otra. En esa posible variación guiada por el tiempo y la evolución de un orden jurídico y social, radica lo interesante de temas como las uniones estables de hecho y la orientación sexual.

[117] Véase: *Ibíd*., p. 323: "Si bien el texto de la novísima Constitución Nacional de 1999 tampoco es nada explícito en torno a la posible gradación e importancia entre los derechos y garantías individuales que la misma consagra, y que pudiere hacer concebir que las restricciones para adoptar fundamentadas en patrones de conducta que afecten la sexualidad aparente ante la sociedad, y una interpretación amplia del contenido de los artículos 20 y 21 de dicha normativa constitucional podrán dar lugar a considerar que tales restricciones equivalen a lesionar o violar aquellas garantías y son inconstitucionalmente discriminatorios, ello no puede ser considerado así cuando la misma Carta Fundamental y la ley especial de la materia, hacen que esos mismos patrones de conducta puedan aparecer como contrarios al fin mismo de la institución que favorece en este caso un interés superior protegido, como es la debida formación de los niños y adolescentes, que es en este caso la institución que pretende privilegiarse como excepcional y especialísima y que priva en razón del sujeto a quien beneficia, que no aquel a quien condiciona".

[118] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad).* En: *Revista de Derecho N° 13.* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 13-40.

Capítulo XIII

El cálculo de la concepción

1. **Generalidades.**
2. **La concepción.**
3. **El cálculo de la concepción: 3.1** *Antecedentes* **3.2** *El artículo 213 CC.* **3.3** *Consideraciones sobre el cálculo*: **3.3.1** Noción de cálculo. **3.3.2** Imprecisión. **3.3.3** Forma de cálculo **3.4.** *Importancia.*

1. GENERALIDADES

En el ordenamiento venezolano vigente la personalidad jurídica del ser humano comienza cuando se nace con vida, de conformidad con el artículo 17 del Código Civil que consagra la teoría de la vitalidad y que establece: "El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que *haya nacido vivo"*[1].

De conformidad con lo indicado se concluye que si bien para nuestro ordenamiento la personalidad se inicia con el nacimiento con vida, el

[1] Destacado nuestro.

Derecho protege al concebido en virtud de su *existencia natural* porque la *vida* al margen de la existencia legal o subjetividad, principia con la concepción. Esa concepción según veremos[2] que marca el inicio de la vida humana tiene lugar cuando opera la fusión de las células sexuales masculina y femenina, esto es, del espermatozoide y del óvulo. Ahora bien, puede ser sustancialmente importante a los efectos legales considerar un período aproximado en que pudo haber tenido lugar este fundamental hecho jurídico[3].

Será difícil pretender exactitud en un hecho biológico que en virtud de las circunstancias de la naturaleza puede presentar excepcionalmente variaciones. Los avances científicos derivados de las nuevas técnicas para generar la vida humana,[4] tales como la *inseminación artificial*[5] o la *fecundación in vitro*[6], que permitirían ofrecer el dato exacto sobre el momento de la concepción[7], podrían igualmente hacer pensar a algu–

---

[2] Véase *infra* N° XIII.2.

[3] El hecho jurídico se presenta como un hecho natural al que la ley le concede consecuencias jurídicas o de derecho.

[4] Véase sobre las técnicas para generar la vida en la doctrina nacional: López Herrera, Consideraciones sobre las nuevas formas..., pp. 117-148; Bernard Mainar, *Efectos jurídicos de las...*, Quintero Tirado, Mariolga: *Inseminación Artificial. Simientes Jurídicas en exploración.* En: *Revista de Derecho Privado*, Caracas, Año, N° 1-1, enero-marzo 1983, pp. 73-112; Esparza Bracho, *La Fertilización...*, pp. 35-45; Esparza, Jesús: *Las técnicas de reproducción asistida y la investigación embrionaria: una visión bioética pluralista para la determinación del status jurídico del nasciturus.* En: *I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997.* Mérida, Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 135-142; Nezer de Landaeta, *Ob. Cit.,* pp. 183-197; Leret de Matheus, *Ob. Cit.,* pp. 425-437; Petzold-Pernía, *Ob. Cit.,* pp. 655-669. Véase también: Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Constitucional, Sent. 1.456 del 27-7-06, en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm .

[5] La inseminación artificial consiste en que la concepción o fusión del óvulo y del espermatozoide tiene lugar artificialmente con la ayuda de la ciencia médica pero dentro del claustro materno.

[6] La fecundación in vitro se presenta como un paso que sigue a la inseminación artificial fallida, y que consiste en propiciar la concepción o fusión de las células sexuales fuera del claustro materno a los fines de que una vez lograda sea implantada en el vientre de la madre. Véase al respecto: Bustos Pueche, José Enrique: *Manual sobre Bienes y Derechos de la Personalidad.* Madrid, Dykinson, 1997, p. 96, indica que los avances técnicos permiten que el óvulo femenino pueda fecundarse en un tubo de ensayo, fuera del claustro materno.

[7] Véase: Cifuentes, Santos: *Elementos de Derecho Civil.* Buenos Aires, edit. Astrea, 2ª edic., 1991, p. 96, señala que la concepción generalmente tiene lugar de manera oculta, aunque a través de la fecundación asistida producto del avance de la ciencia pudiera establecerse el momento preciso de la unión celular.

nos que la orientación de cálculo que ofrece el artículo 213 del CC[8] no tiene mucho sentido útil. Sin embargo, ello no sería cierto, porque tales situaciones son enteramente excepcionales y porque sin lugar a dudas el período aproximado que ofrece nuestro ordenamiento en la citada norma puede presentar una evidente utilidad ante diversos problemas jurídicos, como los relacionados a la protección del concebido o las acciones filiatorias.

De allí que no le ha quedado más salida al Legislador que ofrecer un lapso aproximado en el cul presume ha tenido lugar el hecho desconocido de la concepción, partiendo del hecho conocido del nacimiento, estableciendo así una presunción legal que admite prueba en contrario, pero que a su vez sirve de clara orientación en cuanto al cálculo del inicio de la existencia natural.

2. LA CONCEPCIÓN[9]

La concepción se define como la fusión de las células sexuales, a saber, la unión del óvulo y del espermatozoide a los fines de la generación del ser humano[10]. Implica el desarrollo de un nuevo ser en razón de la fecundación de la célula germinal femenina por la masculina[11]. A partir de dicho instante se admite la existencia de un ser humano único e irrepe-

---

[8] Véase sobre dicha norma *infra* N° XIII.3.2.

[9] Sobre la teoría de la concepción, véase: Domínguez Guillén, *Inicio y extinción...*, pp. 46-54.

[10] Véase: Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 16, "La concepción (del latín *conceptio-onis*) es la acción y efecto de concebir y, biológicamente, corresponde al momento de fecundación del óvulo, que determina el comienzo de la vida humana. De aquí que, si por embarazo se entiende el proceso fisiológico en virtud del cual un nuevo ser se desarrolla en el seno materno, por concepción debe entenderse el proceso fisiológico mediante el cual se inicia la formación del nuevo ser o, dicho con otras palabras del Diccionario de la Real Academia, el momento de la preñez de la mujer".

[11] Abelenda, *Ob. Cit.,* p. 217, se denomina concepción el hecho biológico consistente en que el óvulo materno, elemento femenino de la generación, recibe el impulso fecundante del esperma, que es el elemento masculino de ella. Agrega el autor que la expresión "concepción" es común o vulgar más que científica, pues para designar aquel hecho se utiliza el término técnico de "fecundación". (*Ídem*, nota, 56). Véase sobre la concepción: Navas de Motta, Teresa y Joaquín Fernando Motta Navas: *Incidencia de la medicina legal en el Derecho Civil colombiano.* Bogotá D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1990, p. 13.

tible porque ya cuenta con su particular y exclusiva constitución genética[12]. Ha sido demostrado por la ciencia y se ha aceptado como una verdad científica que una vez fecundado el óvulo estamos en presencia de un ser humano, con vida actual y no potencial, que se caracteriza precisamente por su individualidad, dado que está probado que cuando se unen 23 cromosomas de espermatozoide con los 23 del óvulo, surge lo que se denomina "cigoto", es decir, un ser único original, con un nuevo código genético totalmente propio e irrepetible que se mueve a partir de aquí hacia su destino[13].

Con la fertilización del óvulo por el espermatozoide se inicia esa maravillosa aventura que es la vida humana[14]. Se admite a nivel científico que ciertamente la vida del ser humano comienza en el instante de la

---

[12] Véase: Borda, Guillermo: *Principio de la existencia de la persona humana.* En: *La persona humana.* Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 1; Fernández de Buján, Federico: *La vida. Principio rector de derecho.* Madrid, Dykinson, 1999, p. 135; Hoyos Castañeda, Ilva M.: *La persona y sus derechos.* Colombia, edit. Themis S.A., 2000, pp. 98 y 99; Fernández Sessarego, Carlos: Tratamiento Jurídico del Concebido. En: *La Persona en el sistema jurídico latinoamericano.* Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, p. 190; Castán Vázquez, José María: *La Recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana.* En: L*a Persona en el sistema jurídico latinoamericano.* Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 183 y 184; Alvarado, José Tomás: *El carácter individual del nasciturus. Análisis del período entre la concepción y la implantación del embrión*. En: *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 345-350.

[13] Ordoqui, Gustavo: *Estatuto de los derechos de la personalidad: Los derechos del concebido no nacido*. En: *La Persona en el sistema jurídico latinoamericano*. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, p. 255.

[14] Perrino, Jorge y Miguel González Andia: S*tatus jurídico y protección legal de tejidos embrionarios pre-implantados.* En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia.* Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, p. 400. Véase también en torno a la protección de la vida del embrión a partir de la concepción: Doyharcabal, Solange: *El Derecho a la vida en el nasciturus en la legislación chilena y comparada.* En: *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 307-319. Véase también: Andorno, Roberto: *El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro.* En: *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 321-328.

concepción[15], porque la formación primaria y elemental del hombre parte precisamente de ese momento y prosigue con la división celular para luego médicamente diferenciar entre preembrión[16], embrión y feto. Sin embargo, a nivel jurídico no se sigue tal distinción y el concebido o feto abarca desde el momento mismo de la concepción hasta el nacimiento.

Lete del Río en torno al sentido de la palabra "concepción" comenta que si bien ésta tiene lugar al instante mismo de la fecundación, para alguna teoría entre otras se requiere algo más, a saber, la implantación o anidación en el útero de la madre[17]. Pero el autor acertadamente se pronuncia por la protección de la vida humana en su forma más primigenia, porque el embrión es un ser humano en formación, aunque ello no signifique que antes de su implantación tenga un estatuto igual al que corresponde al concebido mediante fecundación corpórea[18]. De allí que la doctrina acertadamente se haya pronunciado sobre la necesaria pro-

---

[15] Véase: Petzold-Rodríguez, María: *Algunas consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano*. En: *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, Vol. II., pp. 245-252. Señala la autora que el embrión debe ser reconocido como ser humano y, por ende, protegido desde su origen, es decir, desde su concepción. La autora cita decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N° 2306-00 del 15 de marzo de 2000 (www.poder-judicial.go.cr/scij) que refiere que la manipulación genética afecta la dignidad del ser humano pues el embrión humano es persona desde su concepción por lo que no puede ser tratado como objeto para fines de investigación. (*Ibíd*., pp. 250 y 251). Véase igualmente sosteniendo la protección a la vida a partir de la concepción: Ochoa Gómez, Oscar: *Derechos de la personalidad.* En: *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona.* Colección Libros Homenaje N° 5, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2002, Vol. I, p. 907.

[16] Para algunos el preembrión abarca desde el inicio hasta el día 14; distinción en base a la cual algunos pretenden justificar la manipulación del mismo, sin embargo jurídicamente nuestro sistema no precisa tal diferencia por cuanto la vida humana principia con la simple concepción al margen de consideraciones médicas tales como la anidación. Véase interesante comentario de: Ferrer, Francisco: *Procreación asistida. Panorama jurídico.* En: *"La persona". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 124.* S/l, Universidad del Litoral, La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1996, p. 262, indica que el autor al negar la tutela jurídica al preembrión no se corresponde con la realidad biológica sino a una solución transaccional para habilitar la experimentación genética. Véase sobre la distinción y su problemática: Cifuentes, Santos: *El embrión humano. Principio de existencia de la persona.* s/l, Edit. Astrea, 2002, En: www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0046.pdf

[17] Véase: Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 51.

[18] Idem.

tección al concebido al margen de su concepción extrauterina en el caso de la fecundación *in vitro* mediante técnicas científicas[19], aunque se precise de una ley especial, que pueda hacer efectiva la protección a éste[20]. Ello porque las normas existentes en materia del concebido serían difícilmente aplicables al embrión en estado de criopreservación o congelado, ya que su situación podría prolongarse en una situación de interinidad, pues en tal caso no existe una gestación límite de 9 o 10 meses como pensó inicialmente el legislador[21].

Por eso los nuevos avances científicos podrían crear excepciones a la regla de la concepción, pues técnicamente es posible que un embrión concebido extrauterinamente permanezca en estado de criopreservación o congelamiento, antes de ser implantado en el vientre de la madre[22]. Sin embargo, tales casos excepcionales como dijimos anteriormente no desvirtúan la importancia de la regla existente en materia de cálculo de la concepción[23]. Adicionalmente, a la luz del artículo 213 del CC el cálculo de la concepción supone *per se* la necesidad del nacimiento, pues se parte de éste hecho jurídico cierto para proceder a dicho cómputo. De allí que si bien las citadas técnicas científicas para propiciar la concepción son compatibles con el CC[24] añade Serrano Alonso, que

[19] Véase: Domínguez Guillén, *Inicio...*, pp. 111-118.

[20] Véase: Ribeiro Sousa, *Ob. Cit.,*, pp. 271-295. Véase también: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 537, una excelente salida sería la adoptada por la legislación alemana según la cual únicamente puede extraerse el número de óvulos que se van a implantar, eliminando así el problema de los embriones sobrenumerarios. Véase sobre dicha ley: Andorno, *Ob. Cit.,* pp. 325-327; Hernández-Bretón, Eugenio: *Anotaciones a la Ley alemana sobre protección de los embriones: genoma humano y cuestiones de responsabilidad penal.* En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 103*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 181-190: *Ley alemana para la protección de los embriones, de 13 de diciembre de 1990.* Traducción de María José Villalobos. En: *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 417-422.

[21] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *Ob. Cit.,* p. 350. Véase en el mismo sentido: Moreno Quesada y otros, *Ob. Cit.,* pp. 94 y 95.

[22] Así en caso de fecundación in vitro, la aplicación de la regla en estudio precisaría necesariamente del "nacimiento" para su aplicación y la aproximación del período de concepción giraría en torno a la implantación del embrión en el vientre materno y no de la fecha precisa de fusión de las células sexuales –realizadas extracorpóreamente– pues recordemos que el embrión podría pasar un tiempo considerable en estado de criopreservación.

[23] Véase *supra* N° XIII.1.

[24] En nuestro ordenamiento existe una referencia expresa a la "inseminación artificial" a propósito de la acción de desconocimiento de la paternidad, en el artículo 204 del CC.

sigue siendo determinante el "nacimiento" en las condiciones legalmente establecidas, siendo irrelevante el procedimiento creador empleado para la concepción del ser humano[25].

No obstante, al margen de la concesión de personalidad jurídica que se instaura en el Derecho venezolano a partir del nacimiento con vida[26], el ordenamiento jurídico protege al concebido[27] en homenaje a una existencia natural. La doctrina distingue así que con la *concepción* comienza la *existencia natural* del ser humano y con el *nacimiento vivo* principia la *existencia legal* que da lugar a la *personalidad*[28].

El nacimiento determina la personalidad; el concebido carece de existencia propia y por ende de subjetividad jurídica[29]. A pesar de excluir-

[25] Serrano Alonso, Eduardo: *Derecho de la persona.* Madrid, *La Ley-Actualidad*, 2ª edic., 1996, p. 11.
[26] De conformidad con el artículo 17 del CC. Lo que significa que el ser debe "vivir" fuera del claustro materno aunque sea un instante si quiera. La respiración suele considerarse en principio sinónimo de vida, por ser la función básica que se instaura inmediatamente al nacimiento. Véase en torno a la vitalidad: Domínguez Guillén, *Inicio...*, pp. 57-74.
[27] Sobre una referencia a la protección del concebido, incluyendo el ámbito constitucional, véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 492-499. Diversos son los instrumentos normativos que se refieren a la protección del concebido además del artículo 17 del CC, vale citar: artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 4 Parr. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José; artículo 1 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño. Vale recordar igualmente las normas penales que consagran el delito de aborto o las normas laborales que protegen a la madre embarazada. Sobre la protección constitucional del concebido en la Constitución de 1961 y de 1999, puede verse: Ribeiro Sousa, *Ob. Cit.,* pp. 271-295.
[28] Véase en este sentido: Navia Arroyo, Felipe: *El "nasciturus" a la luz del Código Civil colombiano.* En: *La Persona en el sistema jurídico latinoamericano*. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, p. 291; Rojas González, Germán: *Manual de Derecho Civil.* Bogotá, Ecoe Ediciones, 2001, p. 56; Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.*, p. 115; Pescio, Victorio: *Manual de Derecho Civil.* Chile, edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., 1958, p. 19; Parra Benítez, Jorge: *Manual de Derecho Civil. (Personas, Familia y Derecho de Menores)*. Colombia, edit. Temis, 3ª edic., 1997, p. 88; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga: *Curso de Derecho Civil.* Santiago de Chile, edit. Nascimento, 3ª edic., 1962, T. II, Parte General., p. 131; Valencia Zea, Arturo: *Derecho Civil.* Bogotá, edit. Temis, 8ª edic., 1979, T. I, p. 340; Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve: *Derecho Civil. Parte General y Personas.* Colombia, edit. Temis, 15ª edic., 2000, T. I, p. 309; Guglielmi, Enrique: *Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, edit. Universidad, 1980, p. 17; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 492.
[29] Lacruz Berdejo y otros: *Elementos de Derecho Civil I...*, Vol. II, p. 19.

se la personalidad al concebido, se le atribuye una protección legal[30]. Dicha protección al concebido fue reconocida desde el Derecho Romano[31], y fue recibida con beneplácito por la tradición jurídica occidental[32]. Nuestro ordenamiento, según indicamos no escapa de la tendencia protectora al concebido en homenaje a una existencia natural que se tiene a partir de la concepción[33]. Ahora bien, en ocasiones será importante precisar desde el punto de vista legal en qué instante tuvo lugar la fecundación.

3. EL CÁLCULO DE LA CONCEPCIÓN[34]

3.1 *ANTECEDENTES*

En el Derecho Romano, los jurisconsultos se acogieron a las enseñanzas de Hipócrates relativas a la duración de la gestación del ser humano, según las cuales, el feto no podía nacer vivo y viable sino cuando había sido gestado durante no menos de 182 días ni más de 330 días. Posteriormente, tales ideas fueron recogidas en una norma legal según la cual debía tenerse como concebido dentro del matrimonio al hijo de la

[30] Carrejo, Simón: Derecho Civil. *Introducción-Personas*. Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 264.
[31] Véase al respecto: Catalano, Pierangelo: *Observaciones sobre la "Persona" del concebido a la luz del derecho romano. (De Juliano a Texeira De Freitas)*. En: *La Persona en el sistema jurídico latinoamericano*. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 137-163.
[32] Diez-Picazo y Gullón: *Sistema...*, Vol. I, p. 217.
[33] Véase sobre la protección y situación del concebido o conceptus: Domínguez Guillén, *Inicio y extinción...*, pp. 104-137.
[34] Sobre la materia, véase en la doctrina nacional: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* pp. 60-63; Hung Vaillant, Francisco: *Derecho Civil I.* Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 2ª edic., 2001, pp. 94-96; Contreras B., *Ob. Cit.,* pp. 104-116; Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* pp. 16-18; La Roche, *Ob. Cit.,*, pp. 60 y 73; Graterón Garrido, *Ob. Cit.*, pp. 60-68; Zerpa, *Ob. Cit.,* pp. 17 y 18; Ochoa G., *Personas...*, 186 y 187; Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 352 y 353; Sojo Bianco, *Ob. Cit.,*, p. 195; Perera Planas, *Análisis...*, pp. 211 y 212; Bocaranda, *Análisis...*, pp. 141 y 142; Bocaranda, *Guía...*, p. 55; D'Jesús, *Ob. Cit.,*, pp 121, 124 y 125, 155; López Herrera, *Derecho...*, T. II, pp. 345-352; Harting, *Ob. Cit.* p. 264; García de Astorga, *Principales...*, p. 66; Certad, Leonardo: *El cálculo de la concepción*. En: *Síntesis Jurídica*. Caracas, N° 21, Diciembre 1975, p. 3 (Citado en la obra: Código Civil de Venezuela. Artículos 197 al 213. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1980, p. 61).

mujer nacido desde el 182 día siguiente al inicio de la vida conyugal hasta el nacido el día 300 desde la fecha de disolución del vínculo[35].

Señala Valencia Zea que en cuanto al período de gestación en Babilonia y Egipto se hablaba de 9 o 10 meses; los antiguos griegos tenían por lapso mínimo de gestación 7 meses y la máxima de 10 meses, al igual que el derecho romano. En Francia eran más liberales: En París el 6 de septiembre de 1655 se declaró legítimo al hijo nacido 11 meses después de la muerte del marido; el 8 de julio de 1895 se dio un caso similar pero 15 meses después, es decir, 450 días. En el código napoleónico se encargó el estudio a un médico célebre (Fourcroy) quien indicó que la gestación mínima eran 186 días y la larga 286; Napoleón intervino y redujo el lapso de 180 a 300 días. Algunos autores franceses como Maleville, Merlin y Troplong advirtieron que no obstante, podía salirse de estos lapsos si se acreditaba ante el juez. La ciencia médica advirtió la posibilidad de gestación de 302 o 325 días. En el XLVI Congreso Nacional Italiano de Obstetricia en 1958 se pidió admitir la posibilidad médica que el tiempo pueda extenderse de los 300 días. En Francia tuvo lugar un caso donde la boda fue el 16 de abril de 1952 y el marido murió el 18 de abril del mismo año; la viuda dio a luz el 19-2-53 –a los 307 días–, en 1957 se declaró el hijo legítimo, en 1959 se casó la sentencia y no se admitió prueba en contrario; posteriormente en 1962 se admitió la legitimidad; finalmente, se reemplazó por una presunción *iuris tantum*[36].

---

[35] López Herrera, *Derecho...*, T. II, pp. 346 y 347. Véase igualmente: Abelenda, *Ob. Cit.,* pp. 218 y 219; Coellar Espinoza, Max: *Derecho de Personas. Primera Parte. Del Principio y extinción de las personas naturales y sus atributos.* Ecuador, Publicaciones del Departamento de difusión cultural de la Universidad de Cuenca, 1991, p. 36.

[36] Valencia Zea, *Ob. Cit.,* pp. 359-364. Véase igualmente en torno al antiguo Derecho Francés: López Herrera, *Derecho...*, T. II, pp. 347 y 348. Véase también: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 61, Aguilar refiere que en el antiguo derecho francés se dejaba el cálculo de duración del embarazo y consecuencialmente la concepción a la libre apreciación de los jueces, llegando al abuso de señalar que un embarazo había durado 17 meses. Por su parte, el CC Napoleónico estableció que la duración máxima del embarazo era 300 días y la mínima 180. El BGB (Alemania) presumió como tiempo de la concepción el comprendido entre 181 y 302 días anteriores al nacimiento, ambos inclusive, pero admitió que se pudiese probar médicamente que el embarazo había durado más de 302 días en atención a que algunos ginecólogos admiten esa posibilidad. En el mismo sentido, véase: Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* 2001, pp. 95 y 96. Véase también: Abelenda, *Ob. Cit.,* p. 219, reseña que en la antigua legislación española encontramos que en el Código de las Siete Partidas, con igual criterio de solucionar cuestiones relativas a paternidad y filiación, se establece como máximo de la duración del embarazo 10 meses y como mínimo 6 meses.

Comenta López Herrera que:

> La expresada presunción legal era conocida con carácter de *juris et de jure*, por la legislación civil anterior a la que hoy nos rige. Así, el ap. del art. 197 CC original de 1992, decía: "se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración hasta los trescientos días siguientes a la disolución o anulación" ...pero la que ahora rige, por mandato del art. 213 CC vigente, es sólo de carácter relativo *juris tantum*[37].

Así, actualmente en Venezuela, en materia de cálculo de la concepción contamos con el artículo 213 del CC que se introduce –en los términos actuales– en la Reforma del Código Civil de 1982, según el cual, se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tiene lugar los primeros 121 días de los 300 que preceden al día del nacimiento. Con anterioridad, el CC de 1942 presentaba una norma en materia de presunción de la paternidad (artículo 197) de la cual se infería dicho cálculo pero que a diferencia de la disposición vigente no admitía prueba en contrario porque tenía el carácter de presunción *iuris et de iure*[38]. El artículo 199 del citado CC de 1942 también contenía una regla alusiva al período de la concepción respecto a la acción de desconocimiento[39].

[37] López Herrera, *Derecho...*, T. II, pp. 348 y 349.
[38] Véase artículo 197 del CC de 1942: "El marido se tiene como padre del hijo concebido durante el matrimonio. Se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración hasta los trescientos siguientes a su disolución o anulación".
[39] El artículo 199 del CC de 1942 disponía: "El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, probando que le ha sido físicamente imposible tener acceso con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

Dichas normas se apreciaban igualmente en los anteriores Códigos Civiles de Venezuela[40].

Es de observar que el actual artículo 213 del CC alude expresamente a que la concepción tiene lugar en los primeros 121 de los 300 que preceden al nacimiento, lo que implica que el período mínimo de gestación serían 179 y no 180 días. La referencia a 180 días como lapso mínimo de gestación (y no 179) se encontraba en los artículos correspondientes a los Códigos Civiles anteriores que hemos señalado. Inclusive inicialmente, en el Proyecto de CC de 1982, la norma objeto de comentarios se refería a 180 días y presentaba una redacción diferente[41]. La misma se repetía en la discusión ante la Cámara de Diputados[42], pero la Sub-

[40] Véase: C.C. 1922, Arts. 212 y 214; C.C. 1916, Arts. 212 y 214; C.C. 1904, Arts. 194 y 196; C.C. 1896, Arts. 188 y 190; C.C. 1880, Arts. 191 y 193; C.C. 1873, Art. 187: "El marido se tiene como padre del hijo concebido durante el matrimonio: se presumen concebidos durante el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración, y los nacidos dentro de los trescientos siguientes a su disolución o anulación. El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, probando haberle sido físicamente imposible tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento"; C.C. 1867, Art. 115: "Se presumen legítimos, los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución. Contra esa presunción no se admite otra prueba, que la de haber sido físicamente imposible al marido, tener acceso con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento. Todos los demás hijos son ilegítimos"; C.C. 1862, Libro I, Título V, Lei I, Arts. 1° y 2°. Art. 1°: "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo. Lo es también el concebido en matrimonio putativo, mientras produzca efectos civiles, según el artículo 5°, lei 3ª, título 3°". Art. 2°: "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido. El marido, con todo, puede no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 3°, lei 1ª, título 2° pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".

[41] Véase: *Parte pertinente a la Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil.* Caracas, Imprenta del Congreso de la República, 1981, p. 40: "Artículo 216.- La ley presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en un momento cualquiera del período comprendido entre no menos de los ciento ochenta (180) días completos y no más de trescientos (300) que preceden el día del nacimiento".

[42] Véase: Diario de Debates Cámara de Diputados. Tomo XI, Vol. I, marzo-julio 1981, pp. 97 y 99, acta de la sesión del 23 de marzo de 1982; "Artículo 37.- Se sustituye el Título V del Código Civil (Artículos 197 al 245, ambos inclusive, por las disposiciones siguientes: ...Artículo 216.- La Ley presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en un momento cualquiera del período comprendido entre no menos de los ciento (180) días completos y no más de los trescientos (300) que preceden al día del nacimiento".

Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados consideró cambiar su redacción a los fines de que el cálculo de la concepción se hiciera en forma más directa[43]. Dicho texto fue mantenido finalmente en la Cámara del Senado[44] lo que da lugar a la norma vigente.

Con anterioridad al CC de 1982 *el Anteproyecto de Ley sobre Igualdad Jurídica de las personas en cuanto al matrimonio y la Familia de* octubre de 1975[45] y el *Proyecto de Ley que Regula la Filiación Consanguínea* de julio de 1979[46] previeron sendas disposiciones en relación al cálculo de la concepción, considerando el primero de los indicados el carácter de presunción *iuris tantum*.

Por lo que se concluye que la Reforma del CC de 1982 fue positiva en la materia que nos ocupa, toda vez, que a diferencia del CC de 1942, consagró o estableció el cálculo de la concepción en una norma específica, desligada de la especie de filiación[47], a la vez que le concedió acer-

---

[43] Véase: *Ley de Reforma Parcial del Código Civil. Resúmenes y Actas*. Comisión Técnica. Despacho de la Ministro de Estado para la Participación de la Mujer en el Desarrollo. Caracas, Imprenta del Ministerio de Educación, 1984, p. 344, Informe de la Subcomisión de Política Interior de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de Reforma Parcial del Código Civil. Artículo 213 (antes 216).- La Subcomisión, luego de haber revisado la redacción de este artículo propone modificarla con el objeto de que el establecimiento del período de la concepción se hiciera en forma más directa, de manera de superar las dificultades de comprensión que presenta la redacción del Proyecto.
El texto propuesto para este artículo es el siguiente:
Artículo 213.- Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros 121 días de los 300 que preceden al día del nacimiento.

[44] Véase: Diario de Debates de la Cámara del Senado, Tomo XII, Vol. II, Julio 1982-enero 1983, pp. 741 y 743, acta de la sesión del 17 de junio de 1982, Artículo 40.- Se sustituyen los Artículos 197 al 239, ambos inclusive, por las disposiciones siguientes:... Artículo 213. Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintiún días de los trescientos (300) que preceden al día del nacimiento".

[45] Señalaba en su Art. 228: "La ley presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días completos, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principia el día del nacimiento.
La concepción se presume ocurrida en un momento cualquiera del período que se extiende del día trescientos al ciento ochenta, ambos incluidos, antes del de la fecha del nacimiento, de acuerdo con el interés del hijo. Contra estas presunciones es admisible la prueba contraria".

[46] Su artículo 6 disponía: "La Ley presume que la concepción ha ocurrido no menos de ciento ochenta días antes de la fecha del nacimiento y no más de trescientos días antes del día en que el mismo se produjo".

[47] Aunque se mantiene la presunción de paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio en el art. 201, según el cual el marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.

tadamente el carácter de presunción *iuris tantum,* a saber, que admite prueba en contrario[48]. Esto último es importante, pues es perfectamente posible que una gestación o embarazo salga del límite máximo de los trescientos días y mínimo de ciento setenta y nueve días considerados en dicha presunción.

Al efecto, comenta Llambías respecto de la legislación argentina que la norma en dicho ordenamiento a raíz de la Ley 23.264 pasó a ser igualmente *iuris tantum*, lo que atenuó la rigidez de la presunción de concepción admitiendo la prueba en contrario, recogiendo así las críticas de la doctrina que señalaba que los adelantos científicos permiten demostrar la posibilidad de nacimiento antes de 180 días o después de 300 días de la concepción y, por otro lado, que el mantener el carácter

[48] Véase: Perera Planas, *Análisis...*, p. 211, "Contenido de la Reforma es más bien, la reorganización de las normas contenidas en los artículos 197, 198 y 200 del Código de 1942. Se concreta a establecer una presunción de filiación, respecto a la concepción del hijo dentro de los términos que se fijan"; Contreras, *Ob. Cit.,* pp. 107 y 108. "Esta norma directa de presunción de concepción es otra innovación del legislador de 1982. Es de hacer notar que igualmente es más moderna o de vanguardia con respecto a su símil argentina, que anteriormente analizamos. Recordemos que en aquella legislación sureña la presunción del cálculo de la concepción es de la categoría *juris et de jure*, esto es, que no admite prueba en contrario. Lo que ha sido objeto de duras críticas"; Grisanti, *Ob. Cit.*, p. 353, "La presunción de concepción fue formulada en forma diferente por el Código del 42. Durante la vigencia del Código del 42, era una presunción *iuris et de iure*: No se admitía la prueba de que la gestación había durado menos de ciento ochenta días o más de trescientos. En el Código Civil vigente, la presunción de concepción es un presunción *iuris tantum,* luego se admite la prueba de que la concepción no ocurrió en los primeros ciento veintiún días de los trescientos que precedieron el nacimiento, bien porque la gestación ha durado menos de ciento ochenta días o porque ha superado los trescientos"; García de Astorga, *Principales...*, p. 67, "Como una reforma importante, contenida en esta Ley, podemos anotar que en orden al cálculo de la concepción se prevé en una norma expresa una regla para calcularla en todos los casos, contenida en el artículo 213, que dispone: 'se presume salvo prueba en contrario que la concepción tuvo lugar los primeros 121 días de los trescientos que preceden al día del nacimiento'. Diferente al régimen anterior, el lapso de concepción consagra ahora una presunción *juris tantum,* al permitir ser desvirtuada por prueba en contrario"; Harting, *Ob. Cit.,* p. 264, "Otro de los aspectos fundamentales, en relación a este punto, establecidos por la reforma, es la alteración del valor probatorio asignado a las presunciones relativas a la filiación. A este respecto, el carácter probatorio de la presunción de concepción en los primeros 121 días de los 300 que preceden al nacimiento, con un valor '*iuris et de iure'*, no admisible de prueba en contrario en el derogado Código Civil, ha sido sustituido por un valor *'iuris tantum',* y por ende susceptible de contraria demostración. Tal alteración obedece a la adecuación a principios científicos, que en tal materia permiten precisar, cada vez con mayor seguridad, el verdadero momento de la concepción"; La Roche, *Ob. Cit.,* p. 73, "Manteniéndose los cálculos matemáticos de la concepción, se ha eliminado el lapso de 121 a que hacía referencia nuestro anterior texto, como lapso fatal dentro del cual debe producirse la fertilización del óvulo femenino".

absoluto de la presunción atenta no únicamente contra la verdad biológica sino también contra la legitimidad, impidiendo adecuar el caso concreto a una solución de justicia[49]. La consagración de una presunción simple o *iuris tantum*, que pueda ser desvirtuada con la simple prueba en contrario, permite que no se perjudique a una persona en sus derechos filiatorios[50].

Al respecto, comenta Coellar que científicamente se ha establecido que el período normal de gestación del ser humano es de 270 a 295 días y, se concede que puede variar en días más o menos. Sin embargo, existen casos que pueden salir de tales términos, y así se dice que el Cardenal Richelieu (1585-1642), tuvo un período de gestación de solamente ciento cincuenta días, y como el caso del ejemplo se han registrado otros. Así, en la actualidad, el progreso técnico posibilita con el uso de incubadoras, la supervivencia de criaturas con menos de ciento ochenta días de vida uterina. No faltan tampoco datos sobre embarazos de duración superiores a los trescientos días, que los médicos califican como de hibernación fetal[51]. La prueba en contrario, admitida por el Legislador, podrá hacerse normalmente por una experticia médica tomando en consideración el estado de desarrollo de la criatura al momento del nacimiento[52].

Con todo ello, no resta sino concluir que la ley venezolana actual ha sido sabia en adaptar la presunción de concepción entre los tradicionales períodos mínimo y máximo de gestación generalmente admitidos, a la vez que le concede a la citada presunción el carácter de *iuris tantum*, pues se admite la posibilidad de probar que un caso particular exceda de los límites indicados.

3.2 *EL ARTÍCULO 213 CC*

El artículo 213 CC prevé:

> Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden al día del nacimiento.

[49] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 234. Véase también: Borda, *Ob. Cit.,* p. 3.
[50] Coellar Espinoza, *Ob. Cit.,* p. 38.
[51] *Ibíd*., p. 37.
[52] Ochoa G., *Ob. Cit.,* p. 186.

Dicha norma consagra la forma de cálculo de la concepción a través de una presunción *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario[53]. Las presunciones pretenden llegar a un hecho desconocido partiendo de un hecho conocido[54]: en el caso que nos ocupa el hecho *conocido* ciertamente es el *nacimiento*, y a partir de éste nos acercaremos al hecho *desconocido* de la *concepción*. A su vez, la citada presunción legal admite prueba en contrario, toda vez que es científicamente posible que una gestación esté fuera del lapso indicado. Recordemos que el CC anterior de 1942 le atribuía a la presunción equivalente el carácter de *iuris et de iure*, pues no admitía que se pudiera desvirtuar. Y como indicamos la Reforma significó un justo avance que reconoció una realidad científica[55].

Comenta Aguilar Gorrondona que "Entre nosotros no existe una norma expresa para calcular el lapso de la concepción a todos los efectos legales, aun cuando la reforma del 82 estableció una disposición expresa para efectuar dicho cálculo a los efectos de determinar la filiación, *cualquiera que sea su origen"*[56]. Hung Vaillant indica acertadamente que ante la imposibilidad de la prueba directa del hecho de la concepción, el Derecho recurre a las pruebas indirectas; en el caso concreto se acude a las pruebas de las presunciones. Se parte así de una fecha cierta (nacimiento) y a partir del mismo se cuenta regresivamente el tiempo de duración del embarazo. La fecha que resulta de la aplicación de la presunción legal determina el lapso o margen de tiempo dentro del cual debió ocurrir la concepción[57].

En otras legislaciones se aprecia una norma similar en materia de cálculo de la concepción. Pues según refiere Llambías la mayor parte de los

[53] Véase: Bocaranda, *Análisis...*, p. 142; Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* 2001, p. 96.
[54] Con relación a la presunción, véase: Marín Pérez, Marín Pérez, Pascual: *Derecho Civil.* Madrid, Edit. Tecnos, 1983, Vol. I, p. 77: presunción es la averiguación de un hecho desconocido deduciéndolo de otro conocido. Si esta presunción la hace la ley, es legal. A su vez, si esa operación lógica admite prueba en contrario, se denomina presunción *iuris tantum;* si, por el contrario, la presunción es absoluta y no admite contradicción, se llama presunción legal *iuris et de iure.* Véase artículo 1.394 del Código Civil que prevé: "Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer otro desconocido".
[55] Véase *supra* N° XIII. 3.1.
[56] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit..*, p. 61.
[57] Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* 2001, p. 95.

códigos de nuestro tiempo siguen los cómputos relativos a considerar un período máximo de gestación de 300 días y uno mínimo de 180 días, aun cuando algunos códigos como el alemán fijaba 302 días y el antiguo código peruano hasta 1936 fijaba 304 días[58]. Tal es el caso de los artículos 76 y 77 del Código argentino, según Ley 23.264[59]. En el mismo sentido, refiere Cifuentes que el plazo que establece la ley a los fines de la concepción deriva de establecer un máximo y un mínimo de embarazo, a saber, 300 días y 180 días, pero descontando el día del nacimiento[60]. Reseña igualmente el autor que en el derecho argentino antiguamente la citada presunción era *iuris et de iure* porque no se permitía la posibilidad de un embarazo de más de 300 días o de menos de 180 días, pero actualmente la presunción es *iuris tantum* por lo que es posible que se demuestre que ha salido de tales términos[61]. De allí que comente Borda que el carácter *iuris tantum* de la presunción era necesario por dos razones: la primera, que se ha demostrado científicamente que puede haber embarazos de menos de ciento ochenta días o de más de trescientos. La segunda, que los nuevos métodos para establecer una relación de filiación han progresado tanto recientemente, que puede determinarse con un porcentaje de más del 99% si una persona es hija o no de otra; de tal modo que ante esa prueba, la presunción debe ceder[62]. Refiere Messineo que en Italia también se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario[63].

[58] Llambías *Ob. Cit.,* p. 234, siendo entonces que el período de la concepción en las legislaciones citadas llegaba excepcionalmente a 122 o 124 días según el caso, lo que algunos consideraron acertado porque según la ciencia médica en algún caso el período de gestación podría insumir ese lapso. Véase en el mismo sentido: Abelenda, *Ob. Cit.,* pp. 219 y 220.
[59] Véase: Llambías *Ob. Cit.,* p. 233, indica que prevé el artículo 76: "La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximum y el mínimum de la duración del embarazo". El artículo 77 indica: "El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario".
[60] Cifuentes, *Elementos...*, p. 96, agrega que teniendo un máximo de 300 días de gestación y un mínimo de 180 días, el período de concepción según el artículo 77 del Código argentino son 120 días. (*Ibíd*., pp. 96 y 97).
[61] *Ibíd*., p. 97. Véase en el mismo sentido: Abelenda, *Ob. Cit.,* pp. 217 y 218.
[62] Borda, *Ob. Cit.,* p. 3.
[63] Messineo Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, T. II, p. 90.

En otras legislaciones como la colombiana, la presunción del Código se presenta como *iure et de iure*, al no admitir prueba en contrario[64]. Sin embargo, acota Parra Benítez que la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-04 de 22-I-1998, cambió sustancialmente el problema al indicar que "la ciencia médica ha llegado a establecer sin lugar a dudas la posibilidad de nacimientos de seres humanos que sean el resultado de gestaciones de duración inferior a 180 días o superior a 300 días"[65].

Por su parte, la legislación ecuatoriana según comenta Coellar, consagra una presunción que no admite prueba en contrario, situación que critica el autor por considerar la presunción mal estatuida según los avances médicos[66].

El legislador venezolano resuelve el problema de la dificultad del cálculo de la fecundación, mediante la presunción de concepción. El período de la concepción de una persona se sitúa, pues, salvo, prueba en contrario, en los primeros ciento veintiún días de los trescientos que preceden al de su nacimiento[67]. Por tanto, podemos señalar que para determinar la época de la concepción, que no el momento de la concepción por la imposibilidad de su fijación, se parte del momento del nacimiento y comienza a contarse retroactivamente hasta un máximo de trescientos (300) días. Desde luego que ello no impide la apreciación de otros elementos que, conjuntamente con el tiempo, permitan una fijación de mayor aproximación e incluso de aceptación menos dudosa. Sin embargo, y para disipar esas dudas y sobre todo evitar discusiones innecesarias, existe el artículo 213 de nuestro Código Civil[68].

---

[64] Véase: Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* pp. 124 y 125, el autor cita el artículo 92 del CC. Véase en el mismo sentido: Carrejo, *Ob. Cit.,* p. 265, señala que según dicha norma de la época del nacimiento, que es hecho evidente y ostensible, se deduce la fecha de la concepción, la cual se fija entre los ciento ochenta y los trescientos días "cabales" contados hacia atrás, a partir de la medianoche en que principia el día del nacimiento.
[65] Parra Benítez, *Ob. Cit..*, 2002, p. 102.
[66] Véase: Coellar Espinoza, *Ob. Cit.,* p. 36 y 37, indica que el artículo 62 indica: "Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche que principie el día del nacimiento".
[67] Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 352 y 353.
[68] Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 17.

3.3 *CONSIDERACIONES SOBRE EL CÁLCULO*

3.3.1 *Noción del cálculo*

Contreras señala que se puede definir el cálculo de la concepción como "el lapso en que se presume que un día cualquiera tuvo lugar la concepción o fecundación de la mujer..."[69]. Se denomina cálculo de la concepción porque no es posible determinar científicamente la exactitud de la concepción. Por ello se ha establecido una presunción de duración de embarazo variable[70].

Podríamos decir entonces que el cálculo de la concepción constituye el producto de aplicar la operación aritmética que prevé el citado artículo 213 del CC, del que resulta el período aproximado dentro del cual la ley presume que en principio ha tenido lugar la fecundación. Se traduce entonces en un sencillo procedimiento matemático, a los fines de acercarse a un lapso aproximado dentro del que pudo haber ocurrido la concepción de conformidad con la norma legal[71].

De tal suerte que una cosa será la prueba de la concepción propiamente y otra el cálculo aproximado del período en que la misma tuvo lugar. Indica Lacruz que la determinación del tiempo de la concepción puede hacerse médicamente, por la comprobación actual del embarazo o la inferencia posterior a partir de la madurez fetal[72]. Sin embargo, como en gran cantidad de casos el problema del cálculo resulta importante después del nacimiento, existe la presunción legal que toma como punto de partida dicho hecho jurídico primario. De allí que comente Martínez de Aguirre que la prueba del momento en que efectivamente se produjo la concepción es básica, a los fines de la extensión o aplicación de la protección al concebido por ejemplo a los efectos de la sucesión, para lo cual será importante una prueba pericial médica. Pero la presunción

---

[69] Contreras, *Ob. Cit.,* p. 105. Véase en el mismo sentido: Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 61.
[70] Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: *La persona natural.* En: www.monografias.com/trabajos17/la-persona-natural/la-persona-natural.shtml
[71] Tal período, en efecto representa una aproximación, dado el carácter *iuris tantum* de la citada presunción legal.
[72] Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil I...*, p. 27.

legal de los trescientos días máximos de gestación tiene pleno sentido cuando el nacimiento ya se ha producido[73].

3.3.2 *Imprecisión*

Sobre el tiempo probable en que ha podido tener lugar la concepción, aunque se pretenda ofrecer un posible cálculo o método científico[74], la doctrina jurídica se manifiesta en forma conteste sobre la imprecisión o dificultad que supone tratar de acercarse a una fecha específica[75]. De hecho, se afirma acertadamente que el artículo 213 CC no pretende ofrecer un día o pocos días precisos o exactos en los que ha podido acontecer la fecundación. Contrariamente, ante la imposibilidad de precisar un día determinado en que tendría lugar la concepción, el Legislador toma un período aproximado de ciento veintiún (121) días, esto, 4 meses, en los que ha podido tener acontecer la misma.

No faltará quien pretenda señalar que se trata de un lapso extremadamente largo que no ofrece certeza o ayuda respecto del tiempo preciso de la fecundación. Sin embargo, a ello debe acotarse dos comentarios: primero, que a nivel científico es sumamente difícil precisar el momento exacto de la concepción; y segundo, que aunque se trate de varios meses, dicha aproximación puede ser particularmente útil si dentro de tales fechas ha acontecido el hecho en cuestión, en especial a los efectos de acciones filiatorias.

Comenta Coellar que no contamos con un medio científico-técnico para determinar en qué momento se produce la concepción; se cree que puede tener lugar momentos, horas y hasta días después del acto fecundan-

[73] Martínez de Aguirre Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 349, agrega el autor que en el último caso habrá que entender que el concebido podría beneficiarse de cualquier efecto favorable producido antes de los trescientos días anteriores a su nacimiento, salvo prueba de que la concepción ha ocurrido en otro momento.

[74] Véase; D'Jesús, *Ob. Cit.,* p. 124, "El día exacto de la concepción no es fácil determinarlo, pero sí posible; para ello es muy importante conocer la fecha de la 'última menstruación de la mujer', 'la ovulación ocurre entre los 13 y 15 días antes de la menstruación y la mujer puede concebir durante los 11-17 días del ciclo genital (ovárico-uterino), contado a partir del primer día de la menstruación; durante el resto del mes tendría una fase de esterilidad fisiológica'. Sobre estas ideas se basa el método 'Billy'".

[75] Esto es, nos referimos a un día determinado.

te. Lo que no podemos probar, sólo lo podemos presumir[76]. Se evidencia así que la concepción constituye un hecho biológico, que a su vez se traduce en un hecho jurídico porque del mismo se derivan consecuencias de derecho. Pero la presunción de concepción constituye una presunción legal que se basa en una realidad científica[77], y lo cierto es que la propia ciencia reconoce la posibilidad de un período de gestación que pueda salir de los límites normales.

De allí que como indicáramos[78] se ha establecido acertadamente en la actualidad una presunción *iuris tantum* de concepción, tomando en consideración que el máximo de un embarazo o gestación son trescientos (300) días y el mínimo son ciento setenta y nueve (179) días. Por lo que en consecuencia, la concepción tiene lugar dentro de los primeros ciento veintiún días de los citados trescientos que constituyen el máximo de gestación.

Por ello, afirma acertadamente la doctrina que "no puede señalarse una fecha precisa sino el lapso dentro del cual debió ocurrir la concepción"[79]. En el mismo sentido comenta Contreras: "...ahora bien, actualmente no hay medios aceptados legalmente para determinar el momento en que se produce este fenómeno que pudo ser posterior en minutos, horas o días al acto fecundante; de tal manera que, si no podemos precisar con exactitud cuándo se realiza tan importante acto, debemos recurrir a un cálculo aproximado y precisamente es el llamado cálculo de la concepción"[80].

---

[76] Coellar Espinoza, *Ob. Cit.,* p. 36.

[77] Véase sobre la creación biológica y la creación jurídica: López del Carril, *Ob. Cit.,* pp. 12 y 13, indica el autor que la relación biológica es creadora y creativa, el Derecho y las normas no pueden crear jamás el hecho biológico por lo que el derecho ha de reconocer una realidad biológica.

[78] Véase *supra* N° XIII.3.2.

[79] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 60. Véase también: López Herrera, *Derecho...*, T. II, p. 350, normalmente resulta imposible precisar el momento o fecha exactos cuando ocurre la concepción del hijo. Véase igualmente; Zerpa, *Ob. Cit.,* p. 17, la dificultad radica en la imposibilidad de determinar científicamente y de probar el momento exacto de la concepción. De allí que se disponga de una presunción para establecer el lapso dentro del cual ocurre la concepción; Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* 2001, p. 94 y 95, hasta ahora no es posible determinar científicamente el momento exacto de la concepción; Perera Planas, *Análisis...*, p. 211; Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: *La persona natural*. En: www.monografias.com/trabajos17/la-persona-natural/la-persona-natural.shtml

[80] Contreras, *Ob. Cit.,* pp. 104 y 105.

En forma semejante comenta Grisanti:

> ...todavía hoy resulta imposible determinar con exactitud el momento de la concepción, ni siquiera partiendo del hecho conocido del nacimiento. En efecto, para conocer el momento de la concepción partiendo del nacimiento, sería preciso conocer la duración de la gestación y a este respecto nos encontramos una doble dificultad: no se conoce exactamente la duración de la gestación en la especie humana, por una parte y, por la otra, esa duración varía mucho de una mujer a otra y, aun en la misma mujer, de una gestación a otra. A esto se une la circunstancia de que el comienzo de la gestación no coincide con la relación sexual que le dio origen y tampoco se conoce con exactitud el tiempo que puede transcurrir entre el acto sexual y la concepción[81].

El momento en que ocurre el fenómeno biológico de la concepción es un verdadero misterio, podemos considerarlo como un secreto de la naturaleza, que está fuera de toda comprobación científica y ni aun la propia madre puede saberlo. Ante esta imposibilidad para saber el preciso momento en que ocurre el fenómeno biológico de la concepción, el derecho civil recurre a la experiencia y determina con certeza, siempre relativa, no el momento en que ocurrió la concepción, ya que como hemos dicho no es posible, pero por lo menos la época, fijando un lapso dentro del cual debe haberse producido[82].

Vemos así que la concepción es un hecho oculto –inclusive para los propios progenitores– al que biológica y jurídicamente sólo podemos acercarnos por aproximación. Sin embargo, la imprecisión o dificultad en su determinación no debe ser óbice para arriesgarnos a realizar un posible cómputo o cálculo. Y al efecto, el Legislador nos indica la pauta en el citado artículo 213 del Código Sustantivo.

[81] Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 352.
[82] Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 60, agrega la autora que "según la experiencia, está demostrado que el proceso de gestación del ser humano en el claustro materno se produce en un lapso que oscila entre máximo y un mínimo. De la época del nacimiento, que es un hecho evidente y cierto, se deduce la falta de concepción y termina con expulsión del feto, es decir, el nacimiento". (*Ídem*).

3.3.3 *Forma de cálculo*

Según señalamos es imposible pretender una fecha o día exacto respecto del momento de la concepción[83], de allí que el Legislador se viera en la necesidad de consagrar una suerte de período aproximado a los fines de su cálculo. En efecto, comenta Aguilar Gorrondona: "no es posible determinar científicamente, ni mucho menos probar después, el momento exacto de la concepción, lo que constituye un secreto, incluso para los padres. Por esa razón, se ha tenido que establecer una presunción para determinar el momento de la concepción. Para ello se parte del hecho cierto del nacimiento y se resta de la fecha de éste la duración del embarazo; pero como esa duración es variable sin que pueda determinársela con seguridad en cada caso, no puede señalarse una fecha precisa sino el lapso dentro del cual debió ocurrir la concepción"[84].

Señala Contreras que "...es necesario destacar que el período de gestación o duración de la preñez es el tiempo que transcurre desde la fusión de las células sexuales masculina y femenina hasta la completa expulsión del feto y que normalmente el nacimiento se produce entre los 270 y 285 posteriores a la concepción; pero ocurre a veces que el mismo tiene lugar antes de dicho plazo (entonces estaremos en presencia de partos o nacimientos acelerados: los sietemesinos), o después de él (nacimiento retardado), obligando por esto a tener que adoptar una norma para establecer la época de la concepción, fijando la ley el término de gestación mínima en 180 días y el de gestación máxima en 300 días, contados hacia atrás desde la medianoche en que principie el nacimiento"[85]. Distingue así Graterón Garrido tres posibilidades en torno a la gestación: 1.- *mínima*: que corresponde a 180 días posteriores a la concepción; 2.- *normal*: que oscila entre los 270 a 285 posteriores a la concepción; 3.- *máxima*, correspondiente a 300 días posteriores a la concepción[86].

---

[83] Véase *supra* N° XIII.3.3.2.
[84] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 60.
[85] Contreras, *Ob. Cit.,* pp. 104 y 105.
[86] Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 61.

Indica Llambías que para establecer en el tiempo el período o época de la concepción, la ley aplica nociones empíricas de larga data sobre la duración máxima y mínima del embarazo, que indican que no hay embarazo que dure más de 10 meses o 300 días ni menos de 6 meses o 180 días. Por tanto superponiendo ambos cómputos queda libre un período de 120 días, durante el cual ha debido tener lugar necesariamente la concepción de la persona nacida[87]. En el caso venezolano, a pesar de la referencia de otras normas a 180 días[88], el período de concepción corresponde a 121 días, por lo que el lapso mínimo de gestación se ubicaría en 179 días de conformidad con el artículo 213 CC.

Así pues, ante la imposibilidad de contar con una fecha exacta a los fines de precisar el día de la generación, el Legislador ha establecido un período aproximado de cuatro (4) meses o ciento veintiún (121) días dentro de los cuales, cualquiera de ellos ha podido tener lugar la concepción.

¿Cómo se obtiene dicho período aproximado de la concepción? Pues recordemos, que se trata de una presunción, a saber, se parte de un hecho conocido para llegar hasta un hecho desconocido; el hecho conocido es el día del nacimiento[89], y a partir de éste retrocedemos a los fines de obtener el lapso de la concepción. Así, se parte hacia atrás, esto es, se retrocede del día anterior al nacimiento trescientos (300) días, con la finalidad de incluir en el cálculo la más amplia posibilidad de que se trate de un embarazo largo de hasta casi diez (10) meses, así como una gestación breve de seis (6) o siete (7) meses[90]. Ahora bien,

---

[87] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 233.

[88] Véase artículos 202 y 203 CC.

[89] Véase: Azpiri, Jorge Osvaldo: *Manual de Derecho de Personas y de Familia*. Argentina, Azmo Editores, 1976, p. 23. Para determinar la concepción hay que partir de la única fecha exacta: el nacimiento, excluyendo este día se encuentran los 300 anteriores.

[90] Véase: Bocaranda, *Análisis...*, p. 142, "Los 121 días equivalen a 4 meses; 300 días equivalen a diez meses. Luego se presume que el hijo concebido por lo menos seis meses antes del nacimiento. Estos seis meses serían el límite mínimo. El máximo sería de diez meses –si tomamos en cuenta los extremos–". Véase también; Contreras, *Ob. Cit.,* p. 105. "Estos términos suponen que la criatura que nazca después de 180 días de gestación o hasta 300 después del acto fecundante ... Este cálculo de la concepción se ha fundamentado en la prueba del coito único, con lo cual mediante innumerables pruebas se ha demostrado precisamente que el período normal de embarazo oscila entre 270 y 285 días; ahora bien el lapso en que presumiblemente ocurrió la concepción es el que queda de restar el plazo máximo de gestación, a partir de la medianoche en que principió el día en que ocurrió el nacimiento y el término mínimo de 180 días; lo que nos arroja un plazo de 120 días".

una vez que se tenga el día exacto, luego de retroceder trescientos (300) del día del nacimiento, excluyendo obviamente éste día, se debe adelantar nuevamente los citados ciento veintiún (121) días que indica la norma, lo que concede un lapso aproximado de cuatro (4) meses. Dentro de ese período de cuatro (4) meses o ciento veintiún (121) días, cualquiera de ellos ha podido tener lugar la concepción[91]. Así pues, la operación se traduce en retroceder trescientos (300) días, excluyendo el día del nacimiento y luego inmediatamente adelantar ciento veintiún (121) días. Este último período denota el lapso de concepción.

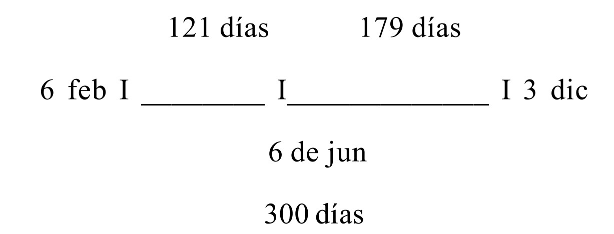
Al efecto, podemos colocar un ejemplo y preguntarnos cuál sería el período de concepción de una persona nacida el *3 de diciembre de 2006,* correspondiente a un año no bisiesto. Al efecto, comenzamos por excluir el día de nacimiento o día *a quo*[92] y comenzamos a contar hacia atrás trescientos (300) días desde el 2 de diciembre inclusive. El día número trescientos viene dado por el *6 de febrero*. De esta fecha nos devolvemos o adelantamos, a fin de contar o considerar los primeros ciento veintiún (121) días de dicho período, los cuales se ubican en el *6 junio*. Esto significa que la concepción en el caso concreto ha tenido lugar entre el 6 de febrero y el 6 de junio; la generación ha podido acontecer cualquiera de los días incluidos en dicho período y cualquiera de los días indicados inclusive[93]. Ello según el esquema que se aprecia a continuación:

---

[91] Véase: Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* 2001, p. 96, para aplicar la regla del cálculo de la concepción se procede en la forma siguiente: se toma la fecha del nacimiento (hecho comprobable) y se cuentan hacia atrás (antes de dicha fecha) 300 días. Una vez que ha sido determinado en la forma antes indicada, el día número trescientos antes del nacimiento, se vuelven a contar a partir de dicho día y ésta vez hacia delante ciento veintiún días. El interesado que necesita probar la fecha de la concepción puede ubicar, a su conveniencia la fecha de la concepción en uno cualquiera de estos 121 días, es decir, en uno cualquiera de los primeros 121 de los 300 que precedieron al día de nacimiento.

[92] Véase: http://es.wikipedia.org/wiki/Locuciones_latinas Dies *a quo*: a partir del momento; indica el día en cuando empieza a contarse el plazo. *Dies a quo non computatur in termino*: el día del comienzo no se computa en el plazo. *Dies ad quem*: término de un plazo; señala el día final del plazo. *Dies ad quem computatur in termino*: el día del vencimiento se computa hasta el término del plazo.

[93] Sumamos al efecto: 2 días de diciembre; 30 días de noviembre; 31 días de octubre; 30 días de septiembre; 31 días de agosto; 31 días de julio; 30 días de junio; 31 días de mayo; 30 días de abril; 31 días de marzo; 23 días de febrero. La sumatoria de trescientos días (excluyendo el día del nacimiento) guiados por el almanaque de 2006 culmina en el día 6 de febrero. Si partimos del 6 de febrero hacia los siguientes meses el día 121 coincide con el día 6 de junio. Quiere decir que entre el día 6 de febrero y el día 6 de junio de 2006, ambos días inclusive, en cualquiera de ellos pudo haber tenido lugar la concepción.



La doctrina al respecto explica detalladamente la forma de cálculo indicada, partiendo como se indicó que el período máximo de un embarazo son diez (10) meses y el mínimo seis (6) meses, pero que en cualquiera de los casos, dentro los primeros ciento veintiún (121) días de la gestación se presume que ha tenido lugar en principio la concepción[94]. De la misma manera, en otro ejemplo similar, llegaríamos a la conclusión, esto es que una persona nacida el *7 de noviembre de 2006,* correspondiente a un año no bisiesto, tendría un lapso de concepción ubicado entre el *11 de enero y el 11 mayo*[95].

Se aprecia igualmente en una sentencia de un Juzgado Civil de instancia un ejemplo concreto en relación al cálculo de la concepción:

> Considerando además, que de conformidad con lo que dispone el artículo 213 del Código Civil, se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden el nacimiento, esta partida de nacimiento se aprecia además como plena prueba de que ... fue concebido entre el 29 de noviembre de 1975, es decir, trescientos días antes de su nacimiento y

---

[94] Véase: Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 17, "Así, puede afirmarse y establecerse, con base en nuestra legislación civil, que: a) la duración máxima del embarazo es de trescientos (300) días y la mínima de ciento ochenta (180) días; b) la época de la concepción se halla en el intervalo del ciento veintiún (121) días que media entre ambos términos, que es el lapso fijado por el artículo 213 del Código Civil".

[95] Se suma así: 6 días de noviembre; 31 días de octubre; 30 días de septiembre; 31 días de agosto; 31 días de julio; 30 días de junio; 31 días de mayo; 30 días de abril; 31 días de marzo; 28 días de febrero; 21 días de enero. La sumatoria de trescientos días (excluyendo el día del nacimiento) guiados por el almanaque de 2006 culmina en el día 11 de enero. Si partimos del 11 de enero hacia los siguientes meses, el día 121 coincide con el día 11 de mayo. Se concluye que entre el día 11 de enero y el día 11 de mayo de 2006, ambos días inclusive, en cualquiera de ellos pudo haber tenido lugar la fecundación.

> el 29 de marzo de 1976, es decir, ciento veintiún días después del 29 de noviembre de 1975. Así este Tribunal lo establece[96].

También se observa un ejemplo concreto de cálculo de la concepción por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a los fines de precisar si la mujer se encontraba embarazada al momento del despido:

> De conformidad con lo anterior, y mediante la aplicación de las presunciones establecidas en el artículo 213 del Código Civil, referida a la presunción de concepción los primeros 121 días de los 300 que preceden el nacimiento, infiere esta Corte que, dado que el nacimiento de la niña ocurrió el 7 de febrero de 1996, la concepción ocurrió, salvo prueba en contrario, previamente al día 22 de julio de 1995 y, por tanto, previa al despido del que fue objeto el 22 de agosto de ese año. De allí, considera esta Corte que, para el momento del despido que se denuncia, la accionante se encontraba embarazada[97].

Es de acotar que el artículo 213 CC es claro, en el sentido de que la concepción tiene lugar los primeros ciento veintiún (121) días y **no** los

[96] Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 21-3-06. En: http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/1140-21-22001-.html

[97] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Exp. N° 03-1877. Sent. N° 2003-3151 del 18-09-03. En: http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2003/septiembre/025-18-03-1877-2003-3151.html. Véase además referencia al cálculo de la concepción: Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, con sede en Barquisimeto, Sent. 16-09-04, Exp. KP02-O-2004-000186, en http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/648-16-KP02-O-2004-000186-KP02-O-2004-000186.html, ...no obstante que según la fecha del cálculo de la concepción, que conforme pauta el Código Civil, el niño se presume concebido, dentro de los 121 días de los trescientos (300) que anteceden al nacimiento... por lo que bien pudo suceder, que la trabajadora quedara embarazada durante su relación laboral...; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental "B", Sent. N° 2005-B-07 del 22-06-05, Exp. N° AP42-O-2004-000332, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/1467-22-AP42-O-2004-000332-2005-B-07.html

primeros ciento veinte (120) días de los trescientos[98]. Esto pues, se parte de que en el día 180 también pudo tener lugar la concepción. En efecto, señala acertadamente la doctrina que el Legislador **no** consideró la resta 300-180 sino contrariamente 300-179 días porque parte de que el día 180 también pudo haber ocurrido la fecundación[99].

Por su parte López Herrera comenta que "para establecer el período legal de la concepción de un hijo, deben efectuarse dos operaciones sucesivas", porque supone separar el lapso mayor de 179 días de los 121 días del período de concepción[100]. Así el período establecido por el Legislador permite incluir de una forma amplia en la presunción tanto

---

[98] Véase con un ejemplo similar al referido, pero señalando un lapso de 120 días: Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 63, indica la autora que un niño nacido el 28 de octubre de un año que no sea bisiesto, tendrá un lapso de concepción de 120 días ubicado entre el primero (1º) de enero y el 30 de abril. Sin embargo, debemos recordar que el artículo 213 CC prevé que la concepción tiene lugar NO los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento sino los primeros 121 días, por lo que a nuestro criterio en el ejemplo dado por la autora el lapso de concepción se ubica entre el 1º de enero y el 1º de mayo, inclusive. Sin embargo, la propia autora refiere que el lapso es de 121 días, véase: Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 62, el Legislador, para obtener los 121 días no restó al plazo máximo de 300 días con 180 días, sino con 179 días. Véase siguiente nota al pie.

[99] Véase: López Herrera, *Derecho...*, T. II, pp. 350 y 351. Refiere López Herrera que primeramente se determina el término que separa el lapso legal menor, del lapso legal mayor de la gestación. Dicho término es de ciento veintiún días y no de ciento veinte como pudiera creerse a primera vista (300-180-120), pues a la resta es necesario agregar un días más, que es el centésimo octogésimo del lapso menor, que por ser *dies ad quem* tiene que ser computado. Luego, relacionado la cifra que hemos obtenido como resultado (121 días), la fecha de nacimiento de la persona, se concluye que el período legal de su concepción es el comprendido en los primeros ciento veintiún días, de los trescientos (lapso máximo de gestación) precedentes a su nacimiento, tal como lo señala el artículo 213 CC. Véase en el mismo sentido: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 61, nota 12, agrega que en efecto, entre los días 180° y 300° anteriores al nacimiento, ambos inclusive, hay 121 días (300-179=121). La resta no es 300-180 porque el día 180° también pudo haber sido el día de la concepción, de modo que de los 300 días anteriores al nacimiento –los que no pudieron ser de concepción– fueron los 179 días posteriores al día 180; Perera Planas, *Análisis...*, p. 211; Grisanti, *Ob. Cit.,* pp. 352 y 353, Resulta ese período de la concepción de la diferencia entre el lapso máximo de gestación (300 días) y el lapso mínimo (180 días). Dicho período es de ciento veintiún días, como lo establece el artículo 213 C.C. Es de ciento veintiún días porque a la resta (300-180=120), debe agregarse un día más, el centésimo octogésimo del lapso menor, que como dies *ad quem*, debe contarse"; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 62, nótese que el Legislador, para obtener los 121 días, no restó al plazo máximo de gestación (300 días) con 180 días, sino con 179 días, simplemente porque considera que en el día 180 pudo haber ocurrido la concepción.

[100] Véase: López Herrera, *Derecho...*, T. II, pp. 350 y 351.

las gestiones o embarazos largos (de 10 meses) como también los cortos (de 6 o 7 meses)[101].

Finalmente, se trata como señalamos[102] de una presunción *iuris tantum*, esto, que admite prueba en contrario, por lo que sería factible probar que el día exacto de la generación está fuera del lapso indicado, por cuanto ello es científicamente posible. De tal suerte que la citada presunción es desvirtuable[103].

3.4 *IMPORTANCIA*

Como indicamos[104] el precisar un período dentro del cual ha tenido lugar la concepción, ciertamente puede presentar un interés jurídico sustancial. Entre éstos cabe citar por ejemplo, el ejercicio de algunas acciones filiatorias tales como la acción de desconocimiento de la paternidad[105] o la acción de inquisición de la paternidad, esta última de conformidad con el artículo 210 del CC[106], la protección del concebido a los fines de ciertos derechos de contenido patrimonial que le pueden ser deferidos, tales como sucesiones, donaciones y constitución de hogar, etc.

---

[101] Véase: Sojo Bianco, *Ob. Cit.,* p. 202. "Para determinar el momento de la concepción, por ser éste un hecho imposible de probar, se ha recurrido a una hipótesis médica, conforme a la cual, el ser humano sólo puede nacer vivo y viable si su gestación ha durado no menos de 180 días (6 meses); y que el máximo período de vida intrauterina es de 300 días (10 meses)".
[102] Véase *supra* XIII.3.2.
[103] Véase: López Herrera, *Derecho...*, T., II, p. 351, en todo caso, en nuestro sistema legal vigente, tanto los términos menor como mayor de la gestación del ser humano (180 y 300 días, respectivamente) y también el período legal de la concepción (121 días), son presunciones desvirtuables en cada caso específico.
[104] Véase *supra* N° XIII. 1.
[105] En caso de imposibilidad de acceso a la mujer durante el "período de la concepción" según el artículo 201 CC.
[106] Respecto al establecimiento de la paternidad si se demuestra la cohabitación del padre y la madre durante "el período de la concepción".

En efecto, vimos que la jurisprudencia ha hecho uso de la norma relativa al cálculo de la concepción en acciones como las filiatorias o ante el despido de la mujer embarazada[107] y bien pudieran citarse más supuestos de interés[108] como el reconocimiento del hijo concebido dentro del lapso de separación cuando el divorcio tiene lugar en razón del artículo 185-A del Código Civil[109] de conformidad con el artículo 225 *eiusdem*[110]. En todo caso, ante cualquier supuesto en que sea menester indagar el período de concepción encontrará aplicación el citado artículo 213 del Código Sustantivo.

Encontramos una sentencia que indica que la importancia o utilidad del artículo 213 radica en consagrar a través de una presunción el cálculo de la concepción. Se señala al efecto que "*la referida norma*

---

[107] Véase *supra* N° XIII.3.3.3.

[108] Véase también referencia a dicha norma o cálculo en: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 20-09-04, Exp. N° 06524/04, en http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/295-20-06524-04-.html: Juzgado Unipersonal Nº 1, de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 15-05-06, Exp. 05766, en http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/521-15-5766-276.html.

[109] Véase con ocasión de separación en base al artículo 185-A CC: Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent. 12-07-05, Exp. N° 11.969 en http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/443-12-11.969-.htm, ..."Con base en ello y en el entendido de que el nacimiento del niño ...ocurrió el día 2 de febrero de 2001 y en virtud de la presunción contenida en el artículo 213 del Código Civil que se, "presume que la concepción tuvo lugar en los ciento veintiún (121) días de los trescientos que preceden al nacimiento", es decir, que la concepción en el caso bajo análisis ocurrió entre los días 9-04-2000 y 7-08-2000. Es por ello forzoso concluir que la separación de hecho no ocurrió en el mes de marzo de 2000, como afirman los solicitantes..."; Sala de Juicios N° 3 del Tribunal de Protección de Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 20-09-04, Exp. KP02-Z-2004-002623, en http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/645-20-KP02-Z-2004-002623-.html .

[110] Véase artículo 225 CC. "Se puede reconocer voluntariamente al hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185A de este Código, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio". (Destacado nuestro).

es útil a los efectos de establecer, por vía presuntiva, el inicio de la concepción"[111].

La doctrina ha considerado que son dos básicamente las situaciones que podrían marcar la importancia del cálculo de la concepción para ciertos efectos jurídicos: la protección del concebido y la determinación de la paternidad[112]. Comenta Aguilar Gorrondona que "Existe un gran interés jurídico en poder determinar el momento en que ocurre la concepción, no sólo para saber cuando comienza la protección del feto sino también para otros efectos jurídicos, tales como la determinación de la paternidad de los hijo"[113]. En sentido semejante indica Contreras que la importancia jurídica del cálculo de la concepción puede verse desde tres puntos de vista: 1.- En materia de filiación matrimonial (acción de

[111] TSJ/SCC, Sent. N° RC 00479 del 26-5-04, Jurisprudencia Oscar Pierre Tapia., T. I, Mayo 2004, pp. 517-518, véase también en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC-00479-260504-03084%20.htm, agrega la decisión en relación al caso concreto que no obstante: "...la sentencia impugnada, a través de las declaraciones testificales, estableció que la relación concubinaria se inició meses antes de haberse producido la concepción del niño... Quiere esto decir, que el cálculo de la concepción, por sí mismo, no produce ningún efecto salvo para ratificar la relación concubinaria, pero no desdice o desmiente que esa relación concubinaria se haya podido iniciar meses antes de la concepción". Por tal motivo, es insustancial, a los efectos de destruir el establecimiento de los hechos señalado por la recurrida, el pretender la aplicación del cálculo presuntivo de la concepción, pues el inicio de la relación concubinaria fue establecido, por el Juez de Alzada, meses antes de esa concepción, a través de la prueba testifical. Véase también: TSJ/SCS, Sent. N° C232 del 19-09-01, en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/septiembre/c232-190901-01205.htm, se cita artículo 213 con referencia a la relación concubinaria y señala que es necesario que la cohabitación tenga lugar en el período de la concepción. Véase también para una referencia al cálculo a los fines de la paternidad matrimonial en el CC de 1942, véase: 17SC, Sent. 18-12-57, Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. VI., Tomo I, pp. 792-795.

[112] Véase: Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 124, la presunción de concepción se torna importante para ciertos efectos jurídicos tales como: establecer si los hijos póstumos fueron concebidos dentro del matrimonio, determinar la legitimidad del hijo, la impugnación de la legitimidad, la investigación de la paternidad, el matrimonio antes de los diez meses de la extinción del vínculo anterior. Véase también: Bossert y Zannoni, *Ob. Cit.,* p. 456. La presunción es fundamental en lo atinente a las acciones de impugnación y negación de la paternidad, para establecer hasta cuándo rige la presunción de paternidad o para resolver conflictos en caso de sucesivos matrimonios de la madre.

[113] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,*, p. 60. Véase en el mismo sentido: Zerpa, *Ob. Cit.,* p. 17, "Importancia:- Protección del feto.- Determinación de la paternidad"; Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: *La persona natural.* En: www.monografias.com/trabajos17/la-persona-natural/la-persona-natural.shtml. Véase también: Contreras, *Ob. Cit.,* p. 108; Bocaranda E., *Análisis...*, pp. 141 y 142, p. 141. "El artículo 213 consagra la presunción de la concepción, lo cual tiene como finalidad complementar el artículo relativo a la presunción de paternidad".

denegación de la paternidad, acción de desconocimiento propiamente dicha y acción de impugnación); 2.- en materia de filiación extramatrimonial y 3.- en materia sucesoral[114].

Igualmente refiere Marín Echeverría que muchos son los efectos jurídicos derivados de la concepción y de allí la importancia de fijar la época en que la misma se produjo. Así, y solamente por vía de ejemplo, cabe citar los casos prácticos en los cuales la concepción juega un papel de primer orden: a) la presunción del artículo 17 del Código Civil en el sentido de tener al feto como nacido cuando se trate de su bien; b) la inimpugnabilidad del matrimonio celebrado por una menor de edad; c) la filiación de los hijos nacidos durante el matrimonio conforme a las previsiones de los artículos 201 al 205 del Código Civil; d) la incapacidad para suceder a los no concebidos en el momento de la apertura de la sucesión, conforme a la previsión del artículo 809 del Código Civil. En todos estos casos y otros muchos, la determinación de la existencia de la concepción, es decir, del embarazo, o la determinación de la época de la concepción, esto es, de la época en que se inició el embarazo, es tanto más importante cuanto que de ello derivarán o no consecuencias jurídicas de inminente aplicación[115].

Finalmente, vale reiterar que la doctrina se ha preguntado si la citada norma del artículo 213 procede en cualquier circunstancia en que sea importante determinar el período de la concepción a lo que se ha contestado afirmativamente[116]. Se señala que tal disposición es aplicable a

---

[114] Véase: Contreras, *Ob. Cit.,* pp. 108-116. Véase en el mismo sentido: Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* pp. 63-68.

[115] Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* pp. 16 y 17. El autor agrega el diferimiento de la sanción a la mujer embarazada hasta por seis meses hasta después del nacimiento, cuando puedan peligrar su vida o la salud de la criatura, según la normativa penal.

[116] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 62, "Ahora bien, la doctrina dominante sostiene que la expresada presunción es aplicable a todo efecto legal en que interese determinar la época en que una persona fue concebida, ya que no puede suponerse que el momento de la concepción varíe según el efecto jurídico de que se trate porque la materia es de naturaleza biológica en la cual el efecto jurídico no tiene ninguna influencia. Esta opinión tiene particular fuerza en nuestro Derecho porque, de acuerdo con la reforma del 82, ' A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna'. (C.C. art. 809, 2ª disp.)"; En el mismo sentido, véase: Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: La persona natural. En: www.monografias.com/trabajos17/la-persona-natural/la-persona-natural.shtml. Véase igualmente: Perera Planas, *Análisis...*, p. 212, la norma, engloba dentro de la denominación del Capítulo III, 'De las presunciones relativas a la filiación', la que deriva del matrimonio y la natural o extramatrimonial".

cualquier efecto legal que interese a los fines de la concepción, a pesar de estar ubicada dentro de las normas relativas a la filiación[117].

Además de la citada presunción de concepción que establece el artículo en comentarios, y que tiene según indicamos un sentido y aplicación general al margen de la materia de que se trate, existen diversas normas legales especialmente en materia filiatoria que hacen referencia a un mínimo (180 días) y al máximo (300 días) de gestación a los fines del ejercicio de ciertas acciones[118]. Recordemos no obstante, que el período mínimo de gestación según el artículo 213 CC son 179 días porque el día 180 también podría tener lugar la fecundación[119]. Sin embargo, aun en tales casos no debe perderse de vista el carácter desvirtuable de los lapsos por las razones ya explicadas.

La concepción implica la fusión de la células sexuales a partir de la cual se inicia el proceso de gestación que marca el comienzo de la vida humana o existencia natural. Ciertamente se traduce en un hecho jurídico digno de atención para el jurista, pues del mismo se pueden desprender importantes efectos legales.

De allí la relevancia de contar con un lapso aproximado dentro del cual ha podido tener lugar la fecundación. En condiciones normales, la concepción constituye un hecho oculto, difícilmente precisable inclusive para la propia madre. Ante la dificultad de obtener un día exacto para su determinación, nuestro ordenamiento jurídico consagra una presunción *iuris tantum* de concepción, en el artículo 213 del CC. Dicha norma se

---

117 Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda. Sent. 11-6-2004. Exp. 23.290. En: http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/101-11-23.290-.html: El Título V, Capítulo III, Sección I "Presunciones relativas a la filiación" del Código Civil, desarrolla los aspectos concernientes a la posesión de estado de hijo, concretamente el artículo 213 establece que se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden el día del nacimiento. En tanto que el artículo 214 *eiusdem*, alude a la posesión de estado de hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación y parentesco de un individuo con las personas que se señalan como progenitores y la familia a la que dice pertenecer".

118 Véase al respecto, artículos 202 y 203 del Código Civil relativos a la acción de desconocimiento de la paternidad.

119 Véase *supra* N° XIII. 3.3.3.

introduce en los términos actuales en la Reforma del CC de 1982 y prevé que se presume salvo prueba en contrario que la concepción ha tenido lugar los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden al día del nacimiento. La ley venezolana, haciéndose partícipe de las modernas tendencias científicas, cubre así las diversas posibilidades de una gestación máxima de diez meses (300 días) o una mínima de ciento setenta y nueve (179) días, a la vez que permite probar que un determinado embarazo pueda efectivamente salirse de los parámetros indicados.

El cálculo de la concepción se traduce así en una operación matemática que logra acercarse a un período dentro del cual ha tenido lugar la fecundación. Su utilidad es innegable en aquellos supuestos en que la ley le atribuya importantes efectos de derecho a dicho hecho biológico y jurídico, como es el caso de la protección al concebido y las acciones filiatorias. Aunque con el cálculo estudiado no logremos obtener el día exacto de la fecundación, no debe subestimarse la relevancia jurídica de precisar un lapso en el que se presume principia la existencia natural del ser humano.

Bibliografía

ABELENDA, César Augusto: *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires, edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 1980, Tomo I.

ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly: *Reflexiones sobre la necesidad de un cambio en el pensamiento legal.* Caracas, Edit. Principios S.A., 1995.

__________ y Juan José Bocaranda E.: *La situación legal de los hijos extramatrimoniales*. Caracas, Tipografía Principios, 1982.

ACERO GALLEGO, Beatriz Helena y Juan Carlos García Bernal: *La prueba en la filiación.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1984.

ACOSTA VÁSQUEZ, Luis A.: *El nuevo concubinato en Venezuela*. En: Cuestiones Jurídicas N° 1, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, Escuela de Derecho, Maracaibo, Ediciones Astro-Data, enero-julio 2007, pp. 9-28.

ACUÑA A., Juan Manuel: *Acciones de reclamación de filiación (Aportes de los avances en genética).* En: Revista Tachirense de Derecho N° 5-6. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, enero-diciembre 1994, pp. 165-186.

ADRIÁN HERNÁNDEZ, Tomás Mariano: *El derecho a ejercer la acción de partición suplementaria de bienes en la comunidad conyugal*. En: Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, T. I, pp 1-25.

AGUILAR GORRONDONA, Jorge: *Reflexiones sobre los efectos jurídicos en materia de Derecho de Familia de la reproducción asistida*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren, Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 27-55.

AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 17ª edic., 2005.

AGUILAR MAWDSLEY, Mariano: *La obligación alimentaria en el Derecho Venezolano*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 4, 1966-1967, pp. 9-68.

AGUDO FREYTES, E.: *Crónica judicial. El abandono voluntario.* En: R.C.A.L., Barquisimeto, 1940, Nº 12, pp. 28-40.

__________: *Notas sobre la reconciliación de los cónyuges*. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Vol. 28, Nº 29, 1964, pp. 10-27.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *El reconocimiento de la filiación natural*. Barcelona, edit. Bosch, 1954.

__________: *Derecho Civil I.* Barcelona, José María Bosch, Editor, S.A. 14ª edic., 1996, Vol II.

ALCALÁ DE ARRAGA, Carmen: *Del incumplimiento de la obligación alimentaria*. En: LEX Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia N° 218, abril-junio 1995, pp. 95-108.

ALEMANY VERDAGUER, Salvador: *Estudios sobre filiación ilegítima en el Derecho Español.* Barcelona, edit. Bosch, 1974.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga*: Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile, edit. Nascimento, 3ª edic., 1962, T. II.

ALID ZOPPI, Pedro: *Adopción por el padrastro o la madrastra*. En: Actualidad Jurídica N° 2, Caracas, marzo-abril 1989, pp. 20-22.

ALVARADO, José Tomás: *El carácter individual del nasciturus. Análisis del período entre la concepción y la implantación del embrión*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 345-350.

ÁLVAREZ, Tulio Alberto: *Antecedentes y evolución de la legislación sobre filiación ilegítima en Venezuela*. En: Revista de la Facultad de Derecho N° 30, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Año 1980-81, pp. 337-377.

ALZA VÁSQUEZ, Ricardo Manuel: *Filiación extramatrimonial,* en http://www.monografias.com/trabajos29/filiacion-extramatrimonial/filiacion-extramatrimonial.shtml

ANDORNO, Roberto: *El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 321-328.

ANDRADE DELGADO, Octavio: *Causa 3 del Art. 185 del Código Civil.* En: Revista de la Facultad de Derecho, Caracas, Universidad Central de Venezuela, enero de 1957, N° 10, pp. 255-267.

ARIANNA, Carlos y otros: *Prestaciones compensatorias entre ex cónyuges*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 791-795.

ARRIETA, Segundo Germán: *Nociones de identificación forense en la tipificación de DNA*, http://www.monografias.com/trabajos/identadn/identadn.shtml

ARVELO ARREGUI, Leslie: *Paternidad, maternidad y género*. En: Otras miradas, Vol. 4, N° 2, Diciembre 2004, www.saber.ula.ve/db/ssaber/Edocs/grupos/gigesex/otrasmiradas/rev4_2/articulo_3.pdf .

__________: *Masculinidad y función paterna*. En: Otras Miradas, Vol I, N° 1, Diciembre 2001, www.saber.ula.ve/gigesex/otrasmiradas

ÁVILA GARCÍA, Ydamis: *La obligación alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2002.

__________: *La obligación alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*: *Análisis Jurisprudencial.* En: LEX Nova Año 2002 N° 241. Maracaibo, Colegio de Abogados del Estado Zulia, 2003, pp. 149-166.

ÁVILA RODRÍGUEZ, Vinicio: *Comentarios a la organización del registro del estado civil en la actualidad*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Vol. I, pp. 179-221.

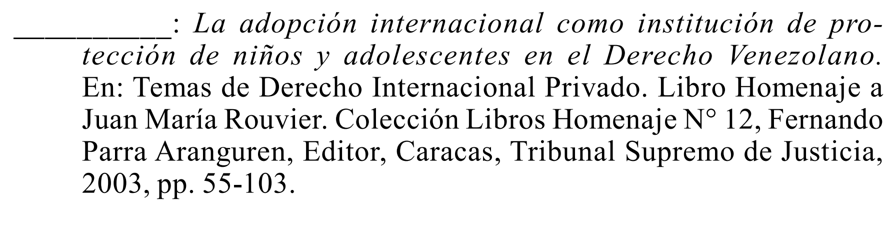
AZPIRI, Jorge Osvaldo: *Manual de Derecho de Personas y de Familia*. Argentina, Azmo Editores, 1976.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez: *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, edit. Harla, 1990.

BARBERO, Doménico: *Sistema de Derecho Privado*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, T. II, Trad. Santiago Sentís Melendo.

BARRIOS, Haydée*: La adopción en el derecho interno y en el derecho internacional privado venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998.

__________: *Nuevas Tendencias en el Derecho de Familia.* En: Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 233-253.


__________: *La adopción internacional como institución de protección de niños y adolescentes en el Derecho Venezolano.* En: Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Colección Libros Homenaje N° 12, Fernando Parra Aranguren, Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 55-103.

__________: *Interpretación y alcance de la obligación alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Cuarto Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. V Jornadas sobre la LOPNA. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 141-173.

__________ y otros: *Sala Constitucional y las uniones estables de hecho. Breve análisis crítico de la sentencia dictada el 15 de julio de 2005 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, relativa a la interpretación del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. En: VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006, pp. 181-212.

BASZ, Victoria: *Adopción internacional*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 303-311.

BAUMEISTER TOLEDO, Alberto: *Algunas consideraciones sobre los efectos de ciertos patrones de conducta sexual frente al ordenamiento jurídico venezolano*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, Vol. I, pp. 313-326.

BELTRÁN, Pablo*: La obligación legal de alimentos entre parientes.* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1958.

BELLUSCIO, Augusto: *Prestaciones económicas entre ex cónyuges en caso de separación, nulidad y divorcio.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 635-649.

BENAVIDES DE CASTAÑEDA, Luisa: *La adopción aspectos normativos y tendencias recientes*. En: Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo N° 28. Valencia, Facultad de Derecho, 2005, pp. 121-156.

BERNARD MAINAR, Rafael: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

__________: *Efectos Jurídicos Civiles de las uniones de hecho*. En: Revista de la Universidad Católica Andrés Bello N° 56, 2001, pp. 119-136.

__________: *La regulación de la reproducción asistida en el Derecho Comparado*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 28-55.

BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edic., 1943 (prólogo), Traducción de A. Martín Pérez.

BOCARANDA E., Juan José: *La filiación adulterina.* Caracas, Editorial La Torre, 1973.

__________: *La comunidad concubinaria en el nuevo Código Civil 1982.* Caracas, Tipografía Principios, 1983.

__________: *El Régimen de los Bienes Matrimoniales (En el nuevo Código Civil 1982).* Caracas, Tipografía Principios, 1984.

__________: *La Separación Fáctica de Cuerpos (Artículo 185-A del Código Civil de 1982).* Caracas, Tipografía Principios, 5ª edic., 1987.

__________: *Guía Informática Derecho de Familia*. Caracas, Tipografía Principios, 1994, T. I.

__________*: La Comunidad Concubinaria, Aspectos Sustantivos y Procedimentales.* Trabajo de ascenso presentado para la categoría de profesor *asistente*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1995.

__________: *La Comunidad concubinaria ante la Constitución Venezolana de 1999: El amparo constitucional declarativo.* Caracas, ediciones Principios-Vigencia, 2001.

BONILLA PEREIRA, Ximena y Gilma Inés Guerrero M.: *Filiación extramatrimonial*. Colombia Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1987.

BONNECASE, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México, edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995, Traducción Enrique Figueroa Alfonzo.

BORDA, Guillermo: *Principio de la existencia de la persona humana.* En: La persona humana. Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 1-13.

BORJAS, Leopoldo: *Régimen Patrimonial según el nuevo Código* Civil. En: Revista de Derecho Privado. Caracas, enero-marzo 1983, Nº 1, Año 1, pp. 5-32.

BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni: *Manual de Derecho de Familia*. Argentina, Astrea, 3ª edic., 1992.

BOTERO ÁLVAREZ, Edith: *La asistencia de la relación filial*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1986.

BRAVO AGUIAR, María Luisa: *Introducción a la Genética Forense: de las Pruebas de Paternidad*. Medellín, Universidad de Antioquia, 1999.

BREWER-CARÍAS, Allan R.: *La Constitución de 1999*. Caracas, edit. Arte, 2ª edic., 2000.

BUENO RINCÓN, Fabio Enrique: *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2ª edic., 1996.

BUGALLO DE FERRO, María Gisela: *La prueba heredobiológica relacionada con la experticia regulada en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Civil*. Caracas, Tesis de Grado Universidad Católica "Andrés Bello", Dirección General de los Estudios de Postgrado, Especialista en Derecho Procesal, 2001.

BURT, Robert A.: *La constitución de la familia.* En: Derecho, infancia y familia. Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Mary Belfo (compiladora), Barcelona, edit. Gedisa, 2000, Trad. Gimol Pinto, pp. 37-114.

BUSTAMANTE MIRANDA, Maruja: *Régimen de los bienes durante el matrimonio en la legislación venezolana*. En: Cuadernos Colección Derecho Civil Nº 4. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Privado, 1974.

BUSTOS PUECHE, José Enrique: *Manual sobre Bienes y Derechos de la Personalidad*. Madrid, Dykinson, 1997.

CAFFERATA, José Ignacio: *La filiación natural*. Argentina, Córdoba, Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1952.

CÁRDENAS BRICEÑO, María Érica: *El derecho a la identidad filiatoria y el procedimiento legal para la investigación de la paternidad de menores en Baja California*, en: Realidad Jurídica, Vol. 8, 2006, México, http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-erika8.htm.

CÁRDENAS GÓMEZ, Olga Carolina y otros: *Las pruebas genéticas en los procesos de filiación.* Revista Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad del Cauca, Vol. 6, Nº 3, sep. 2004, http://www.facultadsalud.unicauca.edu.co/fcs/2004/septiembre/Pruebas%20Gen%C3%A9ticas.html.

CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos S.A., 1996.

CARREJO, Simón: *Derecho Civil. Introducción-Personas.* Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1967.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: *El adulterio como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica al erróneo tratamiento jurisprudencial y doctrinal.* En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Vol. I, pp. 327-352.

__________: *El abandono voluntario como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica a cierta visión doctrinal.* En: Studia Iuris Civiles. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 121-131**.**

__________: *Desatinos y aciertos de la sentencia de la Sala Constitucional que interpreta el artículo 77 de la Constitución de 1999, en torno al alcance y contenido de las uniones estables de hecho*. En: Tendencias actuales del Derecho Constitucional Homenaje a Jesús María Casal Montbrún. Caracas, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica "Andrés Bello", 2007, pp. 611-632.

CASANOVAS, Domingo: *Teoría del derecho: el matrimonio como vinculación jurídica*. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. 4, N° 4, 1939, pp. 241-253.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La Recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 165-184.

__________ y otros: *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho.* Madrid, UPCM, Javier Gafo (edit), 1986.

CATALANO, Pierangelo: *Observaciones sobre la "Persona" del concebido a la luz del derecho romano. (De Juliano a Texeira De Freitas).* En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 137-163.

CECCHINI, Francisco Carlos y otros: *Daños entre cónyuges: prejuicialidad y responsabilidad civil*. Rosario-Argentina, Zeus, 1994.

CICU, Antonio: *La filiación*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930.

CIFUENTES, Santos: *Elementos de Derecho Civil*. Buenos Aires, edit. Astrea, 2ª edic., 1991.

__________: *El embrión humano. Principio de existencia de la persona*. s/l, Edit. Astrea, 2002, En: www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0046.pdf.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. *Artículos 197 al 213*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1980.

__________: *Artículos 282 al 300*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1984.

__________: *Artículos 141 al 164*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1994.

__________: *Artículos 165 al 183*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1997.

__________: *Artículos 184 al 185-A*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1998.

__________: *Artículos 186 al 196*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1998.

COELLAR ESPINOZA, Max: *Derecho de Personas. Primera Parte. Del Principio y extinción de las personas naturales y sus atributos.* Ecuador, Publicaciones del Departamento de difusión cultural de la Universidad de Cuenca, 1991.

COMBELLAS, Ricardo: *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas, McGraw-Hill, 2001.

COMINELLI, Ugo: *La filiazione*. Milano, stab. Tipo-Litográfico L. di G. Pirola, 1957.

CONTRERAS BRICEÑO, Gustavo: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Valencia, Vadell Hermanos Editores, 5ª edic., 1987.

CORACH, Daniel y otros: *Identificación humana mediante análisis de ADN en Argentina*, http://www.interpol.int/public/Forensic/dna/conference/DNAProfiling02.asp.

CORNIELES, Cristóbal: *Algunas ideas para la regulación de las uniones estables de hecho*. En: VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006, pp. 213-224.

CORSER, Gustavo: *Sobre la 5ª causal de divorcio, la condenación a presidio.* En: Revista Universitaria, Caracas, 1909, Año II, pp. 421-424.

__________: *El divorcio por condenación a presidio.* En: Revista Universitaria, Caracas, julio de 1911, Año IV, pp. 269-271.

CRIOLLO, José Ernesto: *Constitucionalización de la normativa familiar. Efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, 1994. Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 675-696.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.: *Orientaciones y criterios sobre la inseminación artificial*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia. Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 199-221.

CHIERI, Primarosa y Eduardo Zannoni: *Prueba del ADN*. Argentina, Astrea, 2ª edic., 2001.

DA COSTA, Petit: *La paternidad nacida de una relación esporádica*. En: Noticiero Digital, 14 de abril de 2008, http://www.noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?p=4915393&sid=9ae64690c5600e708cdc00352f8a6c12-70k.

DAM HURTADO, Yolanda E.: *La prueba de testigos en el procedimiento de divorcio.* Tesis de Grado Especialista en Derecho Procesal Universidad Católica "Andrés Bello", 2002, tutor Paolo Longo.

DAO, Aníbal: *Algunas anotaciones sobre el divorcio en Venezuela.* Caracas, Ediciones Venezolanas, 1957.

DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: *La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2007. Trabajo presentado para ascender a la categoría de profesor Asistente.

D'JESÚS, Antonio: *Lecciones de Derecho de Familia*. Caracas, Paredes Editores, 1991.

__________: *Comentarios al sistema adopcional venezolano*. En: Anuario de Derecho de la Universidad de los Andes N° 21. Facultad de Derecho, Mérida, 1999, pp. 15-42.

__________: *El concubinato y la unión no matrimonial en el prisma del Código Civil venezolano.* En: Anuario de Derecho de la Universidad de los Andes N° 22, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida, 2000, pp. 11-22.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el Derecho español.* Madrid, edit. Tecnos, 1975.

DE RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid, Instituto Editorial Reus, s/f, T. II, Vol. Segundo. Trad. a la 4ª edic. ital. De Román Serrano Súñer y José Santa-Cruz Teijero.

DEL MORAL, Anabella: *El rol de la familia en la doctrina de la protección integral.* En: Studia Iuris Civiles. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 159-176.

DELGADO CARRUYO, Marina: *Deberes extramatrimoniales de los progenitores*. En: LEX Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia N° 193, enero-marzo, 1989, pp. 47-58.

Derechos sucesorales de los concubinos. Consulta N° 26.037 del 15-02-06, arancel.seniat.gov.ve/.../Sucesiones_y_Donaciones/26037__15-02-06__Derechos_sucesorales_concubinos.pdf.

DI LELLA, Pedro: *Las pruebas de histocompatibilidad en los procesos del estado*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 385-395.

__________: *Paternidad y pruebas biológicas (Recaudos y cuestionamientos)*. Buenos Aires, De Palma, 1997.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique: *Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar.* En: Estudios de Derecho Civil en Honor del profesor Castán Tobeñas. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1969, T. VI, pp. 189-227.

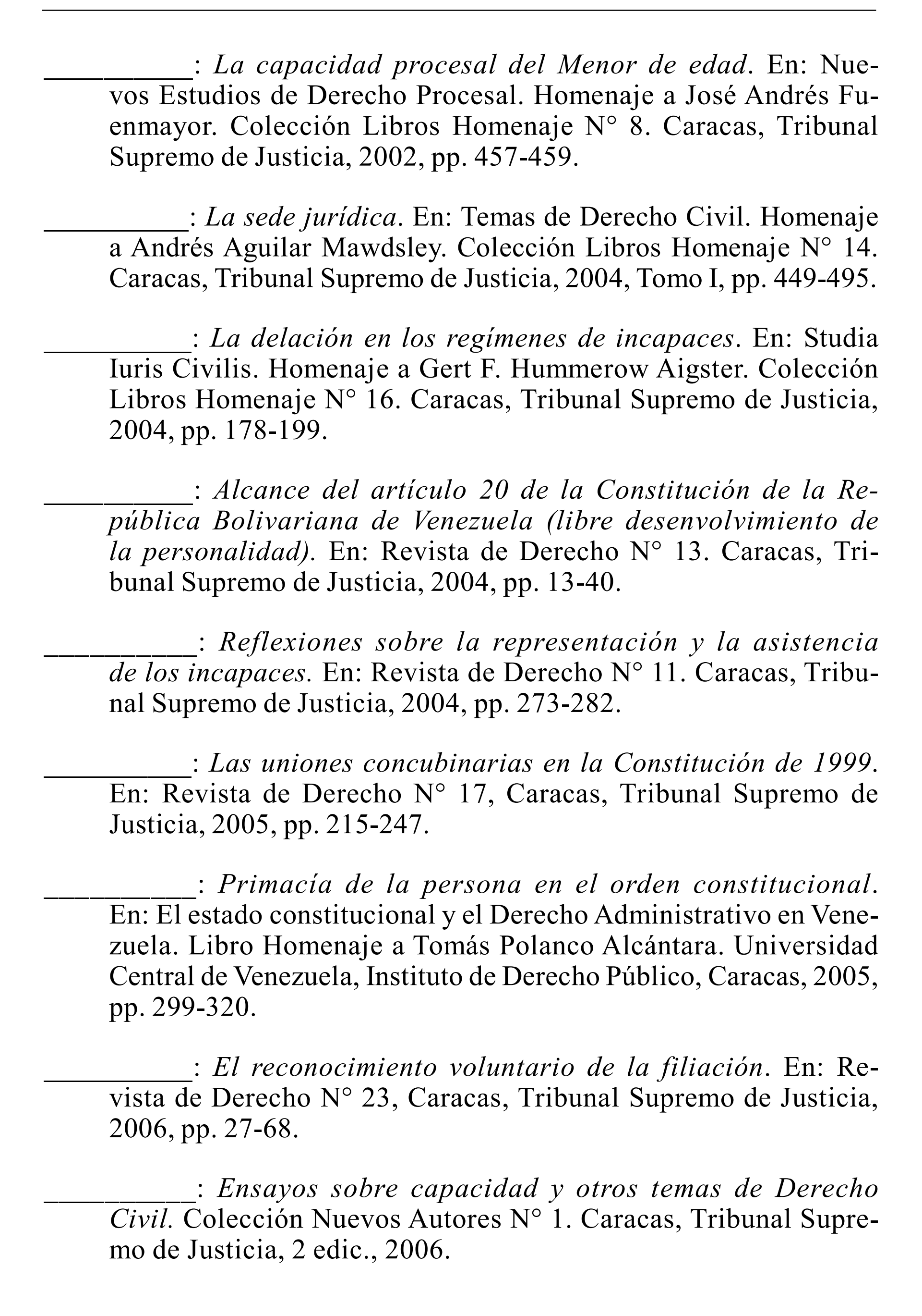
DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón: S*istema de Derecho Civil.* Madrid, edit. Tecnos, 6ª edic., 1995, T. IV.

__________: *Sistema de Derecho Civil.* Madrid, edit. Tecnos, 9ª edic., 1997, Vol. I.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *El Estado Civil.* En: Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, T. I, pp. 359-410.

__________: *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*. En: Revista de Derecho N° 7, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 49-311.

__________: *La persona: ideas sobre su noción jurídica*. En: Revista de Derecho N° 4, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 317-355.



__________: *La capacidad procesal del Menor de edad*. En: Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenaje N° 8. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 457-459.

__________: *La sede jurídica*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 449-495.

__________: *La delación en los regímenes de incapaces*. En: Studia Iuris Civilis. Homenaje a Gert F. Hummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 178-199.

__________: *Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad).* En: Revista de Derecho N° 13. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 13-40.

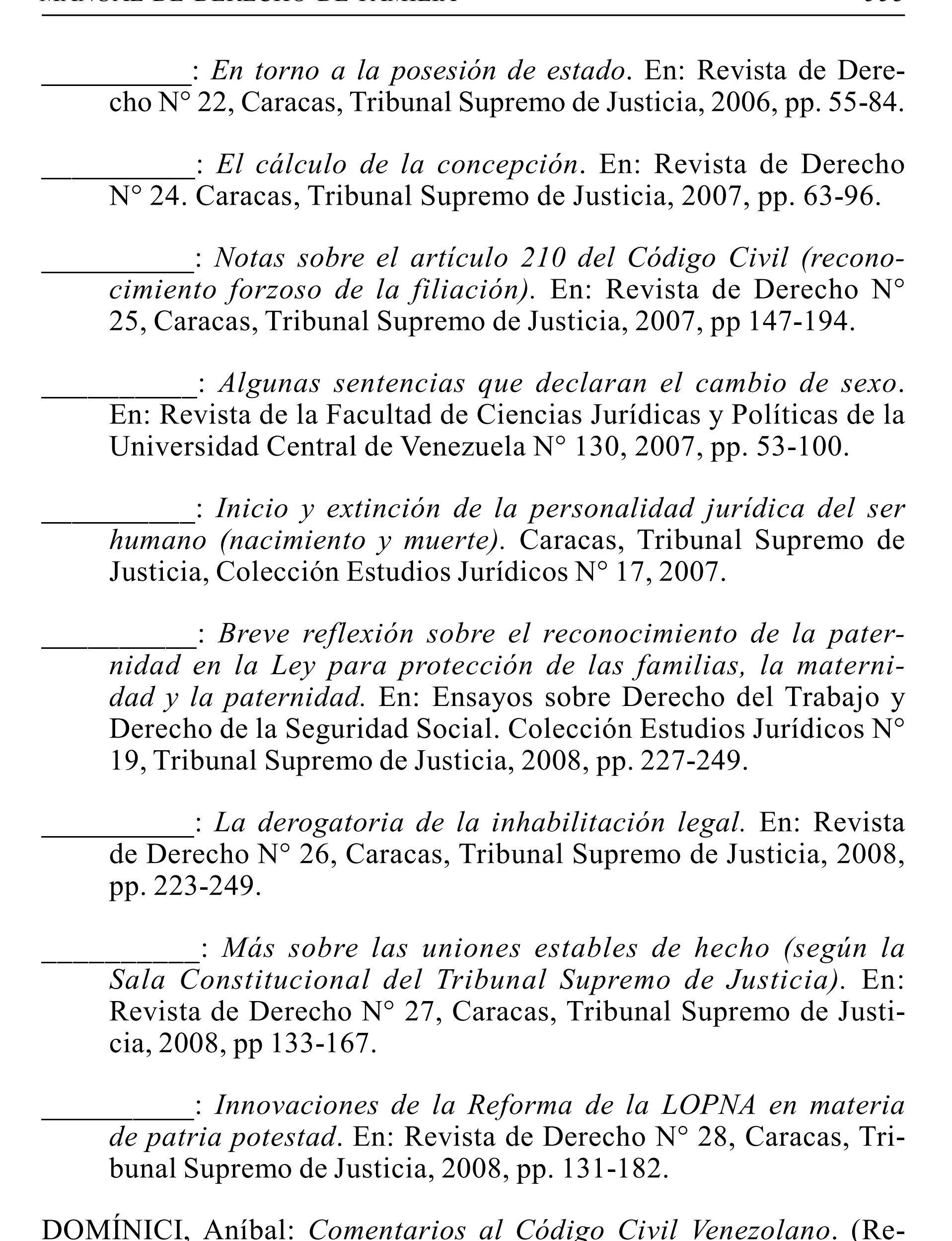
__________: *Reflexiones sobre la representación y la asistencia de los incapaces.* En: Revista de Derecho N° 11. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 273-282.

__________: *Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999*. En: Revista de Derecho N° 17, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 215-247.

__________: *Primacía de la persona en el orden constitucional*. En: El estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, pp. 299-320.

__________: *El reconocimiento voluntario de la filiación*. En: Revista de Derecho N° 23, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006, pp. 27-68.

__________: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil.* Colección Nuevos Autores N° 1. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2 edic., 2006.



__________: *En torno a la posesión de estado*. En: Revista de Derecho N° 22, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006, pp. 55-84.

__________: *El cálculo de la concepción*. En: Revista de Derecho N° 24. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 63-96.

__________: *Notas sobre el artículo 210 del Código Civil (reconocimiento forzoso de la filiación)*. En: Revista de Derecho N° 25, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp 147-194.

__________: *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 130, 2007, pp. 53-100.

__________: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 17, 2007.

__________: *Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para protección de las familias, la maternidad y la paternidad*. En: Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Colección Estudios Jurídicos N° 19, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 227-249.

__________: *La derogatoria de la inhabilitación legal*. En: Revista de Derecho N° 26, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 223-249.

__________: *Más sobre las uniones estables de hecho (según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)*. En: Revista de Derecho N° 27, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp 133-167.

__________: *Innovaciones de la Reforma de la LOPNA en materia de patria potestad*. En: Revista de Derecho N° 28, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 131-182.

DOMÍNICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. (Reformado en 1896). Caracas, Edit. Rea, 1962, T. I. y T. III.

DOYHARCABAL CASSE, Solange*: El Derecho a la vida en el nasciturus en la legislación chilena y comparada.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 307-319.

DUCCI CLARO, Carlos: *Derecho Civil. Parte General.* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic., 1988.

DURÁN ACUÑA, Luis David: *Ensayo sobre el contenido de los supuestos de hecho de las reglas de establecimiento de la filiación en el Derecho Colombiano*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 57-76.

El concubinato en nuestro derecho de familia http://www.todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/CONCUBINATO.htm (Consultado el 12-3-05).

ERRÁZURIZ T., Cristina: *Sobre la protección internacional de la Familia.* En: Revista Chilena de Derecho Vol. 21, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, mayo-agosto 1994, pp. 365-370.

ESIS V., Ivette: *La obligación alimentaria en el Derecho Internacional Privado.* En: Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Colección Libros Homenaje N° 12, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 201-220.

ESPARZA BRACHO, Jesús: *El Domicilio Conyugal a la luz de los artículos 140-A del Código Civil y 754 del Código de Procedimiento Civil.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Maracaibo, N° 68, Enero-junio 1992, pp. 45-61.

__________: *La Fertilización in vitro y otras aplicaciones Biomédicas: Bases éticas de su regulación legal*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 70, Universidad del Zulia, Enero-julio 1993, pp. 35-45

__________: *Las técnicas de reproducción asistida y la investigación embrionaria: una visión bioética pluralista para la determinación del status jurídico del nasciturus*. En: I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Mérida, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 135-142.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, N° 126, julio 2006, pp. 139-164.

ESTRADA PIEDRAHÍTA, Gloria Cecilia y Carlos Alberto Indaburu Lizarralde: *Algunas consideraciones sobre el concubinato perfecto en Colombia.* Bogotá D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho y Ciencias Económicas, 1977.

Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil. Caracas, Imprenta del Congreso de la República, 1981.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: *Biología y Filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida.* Granada, Comares, 1999.

FERNÁNDEZ, Nelly Manasia: *Legislación aplicable al estado, capacidad y relaciones de familia*. En: Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Colección Libros Homenaje N° 12, Fernando Parra Aranguren, Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 409-431.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico: *La vida. Principio rector de derecho*. Madrid, Dykinson, 1999.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *Tratamiento Jurídico del Concebido*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 185-223.

FERRER, Francisco: *Procreación asistida. Panorama jurídico*. En: "La Persona". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 124. S/l, La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral, 1996.

FUENMAYOR, José Andrés: *Régimen patrimonial del matrimonio*. En: XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia. Barquisimeto, 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diario de Tribunales, 1990, pp. 89-112.

__________: *La paternidad atípica matrimonial.* En: Liber Amicorum Homenaje a la Obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1994, pp. 1-11.

__________: *La cláusula de exención de responsabilidad del cónyuge en la indemnización civil proveniente del delito.* En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 533-547

GARBATI GARBATI, Guido y Alejandra León Parada: *Las capitulaciones matrimoniales y sus implicaciones*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 549-582.

GARCÍA DE ASTORGA, Amarilis: *La Administración de la Comunidad Conyugal en situaciones de incapacidad de los cónyuges*. En: Libro Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, Vol. I, pp. 507-534.

__________: *Evolución de la normativa jurídica que regula la participación de la mujer en la administración de la comunidad conyugal.* En: Revista de Derecho Privado, Caracas, enero-marzo 1983, Nº 1, Año 1, pp. 37-71.

__________: *Principales innovaciones que introduce la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal Nº 145, Caracas, julio-septiembre 1982, Nueva Etapa.

__________: *Administración de la comunidad conyugal en el Derecho Positivo Venezolano.* Caracas, edit. Pierre Tapia, 1991.

__________: *Administración de la comunidad conyugal en el Derecho Positivo Venezolano* (Parte I). En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 81, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 321-400

__________: *Administración de la comunidad conyugal en el Derecho Positivo Venezolano* (Parte II). En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 81, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, Nº 82, pp. 273-385

__________: *Las prestaciones laborales*: su proyección en la comunidad conyugal. En: Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001, Tomo I, pp. 309-330.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, edit. Civitas, 1994.

GARCÍA MARÍN, Ernesto: *La utilización de la prueba del ácido desoxirribonucléico (ADN) para la aplicación de la justicia en México*, http://www.monografias.com/trabajos14/acidodesoxi/acidodesoxi.shtml.

GESCHE MÜLLER, Bernardo: *Investigación de la paternidad ilegitima* N° 3. Concepción, Departamento de Divulgación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1967.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Lucía: *Uso de las pruebas genéticas en las cuestiones del Derecho de Familia*, http://www.biotech.bioetica.org/i41.htm.

GÓMEZ GALÁN, Piedad: *El matrimonio*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1985.

GÓMEZ PIEDRAHÍTA, Hernán: *Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos*. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1984.

GONZÁLEZ, Oly Grisolia: *Convivencia matrimonial y marital.* En: I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 111-122.

__________: La *adopción y sus efectos.* En: Anuario de Derecho de la Universidad de los Andes N° 22, Mérida, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2000, pp. 55-76.

GONZÁLEZ DUBÓN, José Luis: *La adopción internacional*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 91-114.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Arquímedes: *El Concubinato (Texto actualizado según Constitución de 1999).* Caracas, edit. Buchivacoa, 1999.

__________: *Matrimonio y Divorcio*. Caracas, Ediciones Liber, 2003.

GONZÁLEZ FUENMAYOR, Mervy Enrique: *Comunidad concubinaria. Invenciones y mejoras: regulación en el campo del derecho civil y en el campo del derecho del trabajo.* Studia Iuris Civiles. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 299-366.

GOVEA, Luis Guillermo: *Las Operaciones Bancarias ante el Régimen de Bienes de la Comunidad Conyugal.* En: Revista de Derecho Mercantil. Maracaibo, 1987, Año II, Nº 4, pp. 15-56.

GOYENA COPELLO, Héctor Roberto: *Los nuevos horizontes del derecho de familia y la necesidad de protección de la persona en la normativa civil y tipificación penal.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 171-182.

GRANADILLO C., Víctor Luis: *Tratado Elemental de Derecho Civil Venezolano.* Caracas, Edit. Ávila Gráfica, 2ª edic., 1950, T. I.

GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol: *Derecho Civil I. Personas.* Caracas, Fondo Editorial USM, 2000.

GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel: *Lecciones de Derecho de Familia*. Valencia, Vadell Hermanos Editores, 5ª edic., 1991.

__________: *La adopción.* En: XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia Barquisimeto 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diarios de Tribunales, 1990, pp. 187-216.

GRISANTI LUCIANI, Héctor*: Las experticias hematológicas y heredobiológicas y la jurisprudencia venezolana*. En: XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia. Barquisimeto, 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diario de Tribunales, 1990, pp. 69-82.

__________: *La prueba hematológica en los juicios de inquisición de paternidad.* Caracas, s/e, 2000.

GUAGLIANONE, Aquiles Horacio: *Régimen patrimonial del matrimonio*. Argentina, Edit. Ediar, 1968, T. I.

GUERRA, Víctor Hugo: *Fuentes internacionales vigentes en el sistema venezolano en materia de adopción internacional.* En: Adopción Internacional. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998, pp. 115-144.

__________: *La adopción internacional en Venezuela.* En: Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, T. I, pp. 541-578.

GUERRERO QUINTERO, Gilberto: *Del consentimiento para enajenar y gravar bienes gananciales.* Caracas, edit. Jurídica Alva, 1992.

__________: *Genética y Filiación en el Derecho Venezolano*. En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 64, N° 134, 1997, Caracas, pp. 467-491.

__________: *Sociedades mercantiles familiares*. En: I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 73-93.

__________: *La acción de anulabilidad, ex Artículo 170 del Código Civil.* En: Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, T. I, pp. 579-596.

GUILLERMO I., Mayra E. y Sara E. Guardia S.: *La legitimación de las causas comunes a los cónyuges*. En: Revista de Derecho N° 10. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 41-74.

GUGLIELMI, Enrique: *Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, edit. Universidad, 1980.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián: *Prospectivas del Derecho Familiar*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 3-43.

GUZMÁN IÑÍGUEZ, Taulino: *El concubinato y sus efectos jurídicos en nuestra legislación comparados con el matrimonio.* México, Universidad Abierta. En: www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/G/Guzman%20Taulino-El%20concubinato.htm.

HARTING R., Hermes: *Los aspectos resaltantes de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982*. En: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Año 1985-86, Nº 35, pp. 261-284.

HARRIS, John: *Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana.* Madrid, edit. Tecnos, 1998. Trad. Michel Angstadt.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Anotaciones a la Ley alemana sobre protección de los embriones: genoma humano y cuestiones de responsabilidad penal*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 103. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 181-190.

__________: *Jurisdicción en materia de divorcio en la Ley de Derecho Internacional Privado*. En: Revista de Derecho Nº 1. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000, pp. 249-258.

__________: *La función de la Constitución de 1999 en la determinación y aplicación del Derecho que regula la adopción internacional.* En: Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Colección Libros Homenaje N° 12, Fernando Parra Aranguren, Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 347-359.

__________: *Divorcio portugués en Venezuela.* En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 713-730.

HERNÁNDEZ DE SOJO-BIANCO: Milagros: *Validez de sociedades mercantiles entre cónyuges.* En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 395-402.

__________: *El derecho de los concubinos a heredarse, según el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 697-712.

HINOSTROSA, Fernando: *De la patria potestad a la autoridad parental*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 297-306.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva M.: *La persona y sus derechos*. Colombia, edit. Themis S.A., 2000.

HUEZO CHÁVEZ, Efraín Antonio: *Consideraciones sobre el Registro Civil en El Salvador*. El Salvador, Universidad de El Salvador, 1972.

HUNG VAILLANT, Francisco: *Derecho Civil I.* Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 1999.

__________: *Derecho Civil I.* Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 2ª edic., 2001.

HURTADO CÁRDENAS, Eduardo de Jesús: *Propuesta para la creación del régimen de bienes entre concubinos.* Bogotá D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1988.

JEMOLO, Arturo Carlo: *El matrimonio*: Buenos Aires, edit. Jurídica Europa-América. 1954.

JUÁREZ, Miguel: *Cambios sociales que afectan al menor y la familia.* En: El menor y la familia: Conflictos e implicaciones. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, Instituto Universitario "Matrimonio y Familia", Nueva Serie III, 1998, pp. 3-32.

La acción de inquisición de la paternidad natural en el Derecho Venezolano (Sentencia de la Corte Federal de 29 de octubre de 1954). Caracas, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, Fundación Rojas Astudillo, editorial Ragón C.A., 1955.

LA ROCHE, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, edit. Metas C.A., 2ª edic., 1984, Vol. II.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros*: Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia.* Barcelona, José María Bosch editor S.A., 3ª edic., 1990, Vol. I.

__________: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil*. Barcelona, José María Bosch, editor S.A., 1990, Vol. III.

LASARTE, Carlos: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, T. I.

LEÓN C., Augusto y Francisco López Herrera: *Las nuevas formas de originar la vida a la luz de la ética y del Código Civil de Venezuela (Consideraciones preliminares).* Caracas, Academia Nacional de Medicina y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Noviembre 1989.

LEÓN DE PÉREZ, Minerva y Jonás Mendoza Mendoza: *Pruebas heredobiológicas y hematológicas para la determinación de la paternidad.* En: XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia. Barquisimeto, 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diario de Tribunales, 1990, pp. 37-67.

LERET DE MATHEUS, María Gabriela: *La biología molecular y el régimen jurídico del embrión humano*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia. Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 425-437.

LETE DEL RÍO, José: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Tecnos, 3ª edic., 1996.

Ley alemana para la protección de los embriones, de 13 de diciembre de 1990. Traducción de María José Villalobos. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 417-422.

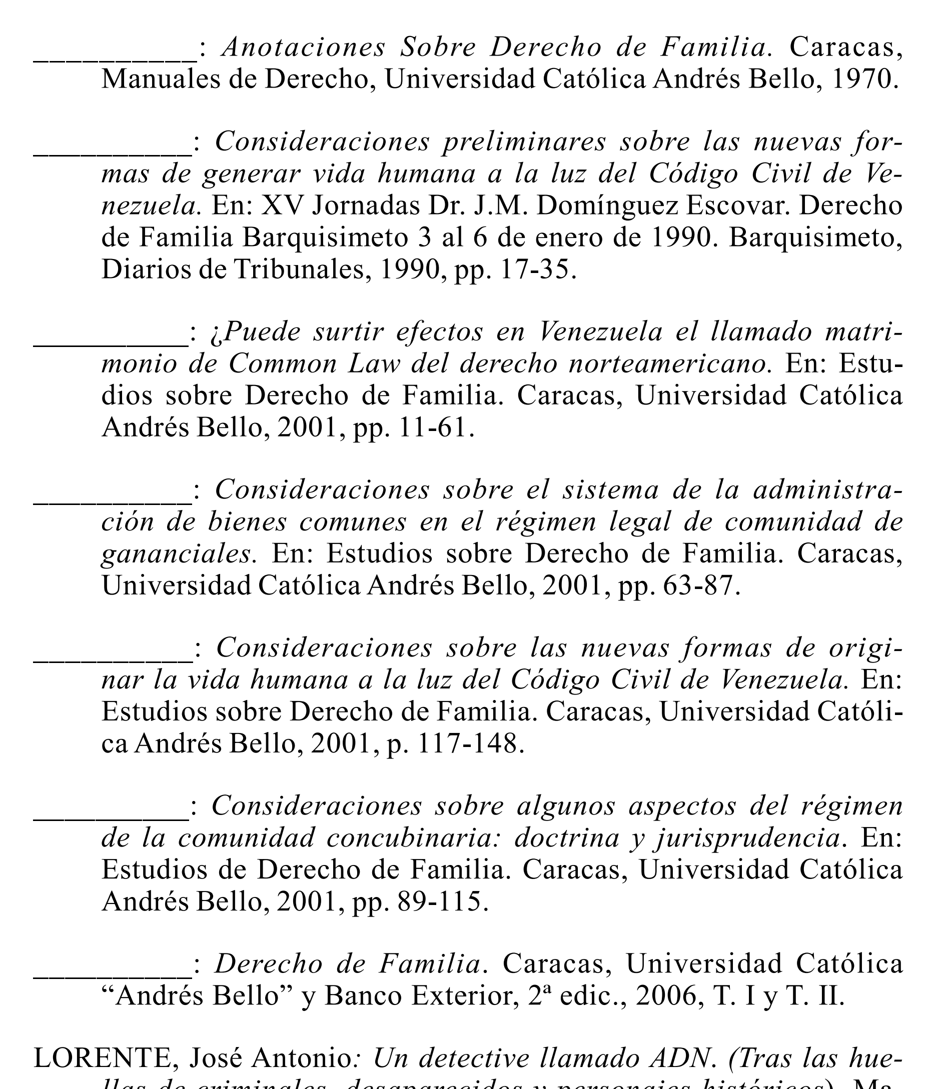
Ley de Reforma Parcial del Código Civil. Resúmenes y Actas. Comisión Técnica. Despacho de la Ministro del Estado para la Participación de la Mujer en el Desarrollo. Imprenta del Ministerio de Educación. Caracas, 1984.

LÓPEZ ALFONSO, Francisca: *El Registro, Rectificación e Inserción de Partidas de Nacimiento*. En: Competencia de los Asistentes Jurídicas del INAM y de los Procuradores de Menores. Caracas, Fiscalía General de la República, Publicaciones del Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, N° 5, 1982, pp. 37-57.

LÓPEZ, Nemecio A.: *El adulterio en sus efectos penales y civiles.* Caracas, Imprenta Bolívar, 1925.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J.: *La filiación.* Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Anotaciones sobre filiación legítima*. En: Revista de la Facultad de Derecho N° 8, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1956, pp. 57-91.



__________: *Anotaciones Sobre Derecho de Familia.* Caracas, Manuales de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, 1970.

__________: *Consideraciones preliminares sobre las nuevas formas de generar vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela.* En: XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia Barquisimeto 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diarios de Tribunales, 1990, pp. 17-35.

__________: *¿Puede surtir efectos en Venezuela el llamado matrimonio de Common Law del derecho norteamericano.* En: Estudios sobre Derecho de Familia. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 11-61.

__________: *Consideraciones sobre el sistema de la administración de bienes comunes en el régimen legal de comunidad de gananciales.* En: Estudios sobre Derecho de Familia. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 63-87.

__________: *Consideraciones sobre las nuevas formas de originar la vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela.* En: Estudios sobre Derecho de Familia. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, p. 117-148.

__________: *Consideraciones sobre algunos aspectos del régimen de la comunidad concubinaria: doctrina y jurisprudencia*. En: Estudios de Derecho de Familia. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 89-115.

__________: *Derecho de Familia*. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello" y Banco Exterior, 2ª edic., 2006, T. I y T. II.

LORENTE, José Antonio*: Un detective llamado ADN. (Tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos*). Madrid, Ediciones Temas de Hoy S.A., 2004.

LORENTE ACOSTA, Miguel y José Antonio Lorente Acosta: *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*. Granada, Comares, 1995; Quevedo, Alina: *Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: De los laboratorios a los Tribunales.* España, McGraw-Hill, 1997.

LORETO, Luis: *La conversión de la separación de cuerpos en divorcio.* En: Revista de Derecho y Legislación, Caracas, octubre de 1960, Año XL, N° 593, pp. 135-146.

__________: *Conquistas de la Biología al servicio de la legislación y la jurisprudencia*. En: Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Imprenta Universitaria, 1970, pp. 365-389.

__________: *La acción y el proceso de filiación natural en el Derecho venezolano.* Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1951.

__________: *La acción y el proceso de filiación natural en el Derecho venezolano.* En: Ensayos Jurídicos. Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt / Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 1987.

Los derechos fundamentales de las personas con diversa orientación sexual en la jurisprudencia constitucional de Colombia, Comisión Andina de Juristas, http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/jurisnac/orientac.htm.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires, edit. Perrot, 17ª edic., 1997, T.I.

LLINASVEGA, Julián: *Teoría del Derecho conculcado en el régimen patrimonial de la comunidad concubinaria.* Instituciones Jurídicas Venezolanas N° 1. Caracas, Gráfica Americana C.A., 1967.

LLORET, Sonia: *Maternidad independiente. Hay quienes preferirán hijos sin amoríos*. En: www.une.edu.ve/salud/articulos/pandora/HijosSinAmorio.htm.

MADRID M., Claudia C.: *Eficacia Extra Exequátur de las resoluciones de nulidad, separación de cuerpos y divorcio en Venezuela*. En: Estudios de Derecho Procesal Civil Libro Homenaje a Humberto Cuenca. Colección Libros Homenaje N° 6. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 499-517.

MADRID RAMÍREZ, Raúl: *¿Es el concepto jurídico de Familia un principio general del Derecho?* En: Revista Chilena de Derecho Vol. 21, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, mayo-agosto 1994, pp. 245-257.

MALUQUER DE MOTES, Carlos: *Derecho de la Persona y negocio jurídico*. Barcelona, Bosch, 1993.

MANRIQUE PACANINS, G.: *Concepto legal de abandono voluntario del hogar*. En: Revista de Ciencias Políticas, Caracas, agosto de 1918, Año IX, pp. 91-97.

MARÍN ECHEVERRÍA, Antonio Ramón: *La confesión judicial y su valor en los juicios de divorcio.* En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes N° 19, 1995-1996, Mérida, pp. 117-158.

__________: *Derecho Civil I. Personas*. Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998.

MARÍN PÉREZ, Marín Pérez, Pascual: *Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 1983, Vol. I.

MÁRQUEZ DE ESPAÑA, Aracelis: *El Derecho de alimentos para los hijos no reconocidos establecido en el artículo 44 de la Ley Tutelar de Menores.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 751-762.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrrativo y de sus instituciones.* Madrid, edit. Civitas, 1996.

MARTÍNEZ CAICEDO, Harold: *Estado Civil de las personas y Registro*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1965.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y otros: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Colex, 2ª edic., 2001, Vol. I,

MARTÍNEZ JARRETA, María Begoña: *La prueba del ADN en medicina forense. La genética al servicio de la ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación biológica de la paternidad.* Barcelona-España, Masson S.A. Editores, 1999.

MARTÍNEZ RINCÓN, José Francisco; *La irrelevancia penal del pago de las obligaciones alimentarias en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Quinto Año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. VI Jornadas sobre la LOPNA. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 235-248.

MARULANDA DE ARANA, Patricia: *La filiación natural.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1979.

MELS SININGEN, Celeste Cecilia: *ADN en la prueba de filiación*, http://www.biotech.bioetica.org/i28.htm.

MÉLICH ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985.

__________: *El Régimen de los bienes en el matrimonio y la reforma del Código Civil de 1982.* En: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica "Andrés Bello". Caracas, julio 1985, Nº 34, pp. 229-295.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa: *La filiación.* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1986.

__________: *Visión jurisprudencial de la filiación*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997.

MENDOZA, José Rafael: *Estudio sobre la separación de cuerpos por mutuo consentimiento y divorcio subsiguiente en el Derecho venezolano*. En: Revista Jurídica, Caracas, agosto-septiembre de 1935, Tomo VI, Nos 68 y 69, pp. 164-177.

__________: *Disuelto el matrimonio la comunidad conyugal se convierte en una comunidad ordinaria.* En: Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara, diciembre 1981, pp. 41-44.

__________: *El Derecho de Familia visto por un Juez*. Caracas-Valencia, Vadell Hermanos Editores C.A., 3ª edic., 1995.

MENDOZA OTINIANO: Victoria Esther: *Apreciaciones sobre el reconocimiento en la filiación extramatrimonial*. En: Iuris Lex Societas, 03-07-05, http://www.unitru.edu.pe/cultural/revistas/iurislexsocietas/index.php?option=content&task=blogsection&id=4&Itemid=34.

MESSINEO FRANCESCO: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, T. II

MIRANDA CANALES, Manuel: *La genética actual y el Derecho de Familia*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 411-424.

MIZRAHI, Mauricio Luis: *Familia, Matrimonio y Divorcio.* Buenos Aires, edit. Astrea, 1998.

MONROY, Luis Alberto, *Algunas consideraciones sobre el matrimonio civil*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1980.

MONROY CABRA, Marco Gerardo: *Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia*. Bogotá, edit. Temis, 1979.

MONTOYA, César Augusto: *Familia y Menores. Vivencias Jurídicas.* Venezuela, Livrosca, 1996.

MORALES, Georgina: *Las relaciones paterno-filiales bajo el régimen de la patria potestad en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren, Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 781-824.

__________: *Las uniones estables de hecho en la doctrina y en el Derecho Comparado.* En: VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006, pp. 131-180.

MORALES DE CONTRERAS, María Teresa: *Violación a los Derechos Alimentarios del Menor*. En: I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Mérida, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 173-180.

MORENO MOCHOLI, Miguel: *El Concubinato.* Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Civil, 1951.

MORENO QUESADA, Bernardo y otros: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2ª edic., 2004.

MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: *Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales*. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 634, mayo 1996, Registradores de España, http://stage.premium.w2.vlex.com/doctrina/Revista-Critica-Derecho-Inmobiliario/Contenido-concepto-capitulaciones-matrimoniales/2100-326058,01.html.

NARANJO OCHOA, Fabio: *Derecho Civil Personas y Familia*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R.LTDA, 7ª edic., 1996.

NARANJO OSTY, Rafael y Morris Sierraalta: *De los efectos de la conversión en divorcio de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento*. Caracas, Talleres Tipográficos Norte, 1961.

__________: *Más sobre los efectos de la conversión en divorcio de la seriación de cuerpos por mutuo consentimiento*. Caracas, Talleres Tipográficos Norte, 1961.

NAVAS DE MOTTA, Teresa y Joaquín Fernando Motta Navas: *Incidencia de la medicina legal en el Derecho Civil colombiano*. Bogotá D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1990.

NAVIA ARROYO, Felipe: *El "nasciturus" a la luz del Código Civil colombiano*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 285-295.

NEZER DE LANDAETA, Isis: *Trascendencia jurídica de las nuevas tecnologías de reproducción humana y de investigación genética*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia. Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 183-197.

NIKKEN B., Pedro: *Viejos y nuevos problemas en torno a la posesión de estado.* En: Libro homenaje a José Mélich Orsini. Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Imprenta Universitaria, 1983, Vol. II, pp. 645-701.

__________: *Objeto y ámbito de la posesión en el Derecho Romano*. En: Estudios de Derecho Privado. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp.

NOVELLINO, Norberto José: *El desvínculo matrimonial y sus procesos*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.

NUEVO, Pablo: *Reflexiones constitucionales a propósito del llamado matrimonio homosexual*. En: Dikaion Lo Justo N° 15. Revista de Actualidad Jurídica. Bogotá, Universidad de la Sabana, 2006, pp. 31-52.

NÚÑEZ ALCÁNTARA, Édgar; *Normas procesales sobre el divorcio y la separación de cuerpos sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1987*. Valencia, Vadell Hermanos, 1987.

NÚÑEZ CANTILLO, Adulfo: *Derecho de Familia. El hijo natural frente a la legislación colombiana*. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1979.

NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael: *Unión Extramatrimonial.* Trabajos I. La Habana, Ediciones Montero Obispo 521, 1945.

OBANDO SALAZAR, Ramón: *Regímenes de bienes en el matrimonio.* En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nº 12, Universidad de los Andes, 1981-1982, pp. 143-165.

O'CALLAGHAN, Xavier: *Compendio de Derecho Civil. Parte General.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, 3ª edic., 1997, Tomo I.

OCHOA GÓMEZ, Oscar E.: *Derechos de la personalidad*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor, 2002, Vol. I, pp. 879-964.

__________: *Personas Derecho Civil I*. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006.

OLTRA MOLTO, Enrique: *El hijo ilegítimo no natural (su situación jurídica).* Madrid, edit. Montecorvo S.A., 1976.

ORDOQUI, Gustavo: *Estatuto de los derechos de la personalidad: Los derechos del concebido no nacido.* En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 239-284.

PADIOL ALBÁS, Adoración: *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997.

PARRA ARANGUREN, Fernando y Alberto Serrano: *Elementos para el estudio de la norma jurídica.* En: Actas Procesales del Derecho Vivo, Nos 61-63, Vol. XXI, Caracas, Grafiúnica, 1977, pp. 11-79.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: Parra Aranguren, Gonzalo: *La Convención de La Haya de 1993 Sobre la Protección del Niño y la cooperación en materia de adopción internacional*. En: Adopción Internacional. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998, pp. 61-77.

__________: *El Régimen de los bienes en el matrimonio en el Derecho Internacional Privado venezolano.* Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", Cátedra Fundacional Caracciolo Parra León, 2007.

PARRA BENÍTEZ, Jorge: *Manual de Derecho Civil. (Personas, Familia y Derecho de Menores)*. Colombia, edit. Temis, 3ª edic., 1997.

__________: *Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores*. Bogotá, edit. Temis, 4ª edic., 2002.

PARRA DE MOLINA, Marleny: *Pensión de alimentos entre los ex cónyuges conforme a los alcances del artículo 195 del Código Civil venezolano*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia N° 64, julio-diciembre 1985, pp. 1-20.

PÁRRAGA DE ESPARZA, Marisela: *Establecimiento judicial de la paternidad del hijo de la mujer casada*. En: Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor 2002, Tomo II, pp. 33-51 (también en LEX NOVA N° 241, Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo, 2002, pp. 59-76).

PARRA QUIJANO, Jairo: *Las pruebas biológicas para probar o excluir la paternidad*. En: Revista de Derecho Procesal. N° 1. Caracas, Instituto de Estudios de Derecho Procesal "José Rodríguez Urraca"/Paredes Editores, 1990, pp. 121-132.

PALACIOS, Leopoldo: *La administración y disposición de los bienes dentro del matrimonio.* En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Santa María N° 10, mayo-agosto 1982, pp. 131-144.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad*. En: Revista de Derecho, Universidad de Concepción N° 204, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, Chile, Año LXVI, julio-diciembre 1998, pp. 7-30.

PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón: *La persona natural*. En: www.monografías.com/trabajos17/la-persona-natural/la-persona-natural.shtml

PERERA PLANAS, Nerio: *Causas de divorcio.* Caracas, ediciones Magón, 1972.

__________: *Medidas provisionales en los juicios de divorcio*. Caracas, ediciones Magón, 1976.

__________: *El Concubinato*. Maracay, Ediciones EPA, 1983.

__________: *Análisis del nuevo Derecho Civil*. Maracay, Fondo Editorial del Instituto de Estudios Jurídicos "Carlos Alberto Taylhardat" Colegio de Abogados del Estado Aragua, 1983.

__________: *Los bienes durante el divorcio*. En: Revista Forum N° 2. Colegio de Abogados del Estado Aragua. Maracay, 1983, pp. 61-86.

__________: *El Divorcio Ejecutivo.* En: Revista del Colegio de Abogados del Estado Aragua N° 3. Maracay, enero-abril 1984, pp. 69-83.

PÉREZ H., Manuel C.: *Sobre la 5ª causal de divorcio. La condenación a presidio*. En: Revista Universitaria, Caracas, febrero de 1911, Año IV, Segunda Época, Mes III, pp. 75-78.

PERNÍA, Humberto Alí: *El concubinato venezolano: liquidación de la sociedad de gananciales de la comunidad concubinaria*. Mérida, Paredes Editores, 1988.

PERRINO, Jorge y Miguel González Andia: *Status jurídico y protección legal de tejidos embrionarios pre-implantados.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, pp. 397-410.

PERROT, Celina Ana: *Algunas consideraciones acerca de la inseminación de mujeres solas.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 379-383.

PESCIO, Victorio: *Manual de Derecho Civil*. Chile, edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., 1958.

PETZOLD-PERNÍA, Hernán: *El principio "mater in iure semper certa est" frente a la transferencia de embriones humanos*. En: SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República 135° Aniversario, Caracas, 1998, pp. 655-669.

PETZOLD-RODRÍGUEZ, María: *Algunas consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor, 2004, Vol. II., pp. 245-252

PINEDA BERNAL, Lennie: *El análisis de ADN para pruebas de paternidad e identificación forense*, en: acta científica venezolana 50, 24-28. 1999, acta.ivic.ve/50-1/articulo3.pdf.

PIÑA VALLES, Ovelio: *Aspectos legales de las pruebas heredobiológicas*. En: LEX N° 200, Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo, octubre-diciembre 1990, pp. 57-63.

__________: *Contexto Jurídico de la procreación médicamente asistida*. Venezuela, Universidad del Zulia, Ediciones del Vice Rectorado Académico, 2007.

PLANIOL, Marcelo y Georges Ripert: *Derecho Civil*. México, edit. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, 1996, Traducción Leonel Pereznieto Castro.

PLOTNIK, Kenneth Lawrence: *Perspectiva teológica sobre adopción.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 45-55.

POLEO, Yolanda: *El Domicilio Conyugal.* En: Revista del Consejo de la Judicatura. N° 20, Julio-Sep. 1982, Año 7, pp. 71-78.

__________: *Igualdad de deberes y derechos en el matrimonio*. En: Revista de Derecho Privado N° 4, octubre-diciembre, 1984, pp. 53-61.

POZO VILCHES, Juan Antonio: *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*. Madrid, edit. Trivium S.A., 1993.

PRO-RÍSQUEZ, Juan Carlos: *Panorama 2008, Panorama Laboral y de Seguridad Social*, http://www.fedeuropa.org.ve/Documentos/JCP.pdf.

Proyecto de Reforma Procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Magistrado Juan Rafael Perdomo Coordinador de la Comisión Redactora, 2005.

QUINTERO TIRADO, Mariolga: *Inseminación Artificial. Simientes Jurídicas en exploración*. En: Revista de Derecho Privado, Caracas, Año, N° 1-1, enero-marzo 1983, pp. 73-112.

RAFFALLI A., Juan M.: *La protección de la familia en la Constitución Venezolana de 1999*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor, 2004, Vol. II, pp.

RAMÍREZ, Florencio: *Anotaciones de Derecho Civil*. Mérida, Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de Los Andes, 1953, Tomo I.

RAMÍREZ PIZARRO, Claudia: *Implicaciones civiles de la bigamia.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1990.

RAMOS SOJO, César José: *Unidad y Verdad de la Filiación*. En: Revista de Derecho Privado N° 1-1. Caracas, Servicio Gráfico Editorial S.A., enero-marzo 1983, Año 1, N° 1, pp. 113-143.

__________: *Situaciones de Hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho de Familia Venezolano*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 85. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1992, pp. 335-415.

__________: *El derecho a la subsistencia: postulado de la protección familiar.* En: De los Menores a los Niños, una larga trayectoria. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1999, pp. 285-307.

REQUENA BANDRÉS, Helio Antonio: *El divorcio con base en el artículo 185-A del Código Civil y los derechos de los niños, niñas y adolescentes.* En: Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 287-301.

REYES RÍOS, Nelson: *Derecho patrimonial de Familia*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 697-714.

RIBEIRO SOUSA, Dilia María: *Situación Jurídica del Concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961).* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 118, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 271-295.

ROA, Félida: *Efectos jurídicos del concubinato*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia N° 71, 1994, pp. 85-97 (también en: Revista Tachirense de Derecho N° 5-6, Universidad Católica del Táchira, enero-diciembre 1994, pp. 90-99)

ROBLETO GUTIÉRREZ, Jaime: *El ADN y su importancia en la investigación criminalística*, http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2018/robleto18.htm.

RODRÍGUEZ, Luis Alberto: *Comentarios sobre el Derecho de Familia*. Caracas, Librosca, Colección Hammurabi 5, 2006.

__________: *Comentarios al Código Civil Venezolano: el divorcio*. Caracas, Librosca, Colección Hammurabi 3, 2ª edic., 2003.

RODRÍGUEZ, Luis Ernesto: *La filiación y el sistema de Derecho Internacional Privado venezolano*. En: Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Colección Libros Homenaje N° 12, Fernando Parra Aranguren, Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 779-817.

RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime: *De la sociedad conyugal o Régimen de bienes determinado por el matrimonio.* Bogotá, Ediciones Lerner, 1964, T.I.

ROJAS GONZÁLEZ, Germán: *Manual de Derecho Civil*. Bogotá, Ecoe Ediciones, 2001.

ROMERO, Fabiola: *Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores*. En: Adopción Internacional. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998, pp. 79-114.

ROMERO, Ricardo: *Influencia de los títulos valores en el patrimonio familiar*. En: I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Mérida, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 151-155.

ROTONDI, Mario: *Instituciones de Derecho Privado*. España, edit. Labor S.A., 1953, Trad. Francisco F. Villavicencio.

ROVERSI THOMAS, Rafael E.: *Consideraciones Jurídicas acerca de la familia nacida de uniones no matrimoniales*. En: Revista de la Facultad de Derecho N^{os} 43-45, Valencia, Universidad de Carabobo, 1970-1972, pp. 111-154.

RUIZ, Humberto: *El concubinato como fuente de relaciones jurídicas*. Bogotá D.E., Universidad Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1955.

SAN JUAN ARMAS, Miriam: *División patrimonial en las mediaciones para la separación y el divorcio.* Studia Iuris Civiles. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 743-741.

SÁNCHEZ-COVISA, Joaquín: *La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio*. Publicaciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 6. Caracas, El Cojo, 1956.

SANLER CASTILLO, Mario: *Conflictos paterno filiales*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 115-129.

SANOJO, LUIS: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Reimpresión de la Primera Edición. Caracas, Imprenta Nacional. 1873, T. I.

SANSÓ, Benito: *La evolución de la legislación venezolana sobre la filiación natural*. En: Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Upsala, agosto 1966. Caracas, Publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1966. (Publicado también en: Sansó, Benito: *Estudios Jurídicos*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1984, pp. 211-281).

SANTAMARÍA ARCHILA, Carolina: *Filiación extramatrimonial. Análisis de la evolución histórica de la filiación extramatrimonial y el sistema vigente en Colombia*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1980.

SANTANA MUJICA, Miguel: *Problemas de la prueba en la filiación natural*. En: Revista del Colegio de Abogados del Estado Falcón N° 18. Tercera Etapa, 1985, pp. 23-39.

SARMIENTO POLO, Juliana y Eusebio Andrés Carbo: *Las relaciones sexuales extramaritales y sus efectos en la legislación civil*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1991.

SERRANO ALONSO, Eduardo: *Derecho de la persona*. Madrid, La Ley-Actualidad, 2ª edic., 1996.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Régimen económico matrimonial y viudedad*, www.unizar.es/derecho/derecho_aragones/progcivil/Temas/LremIJAS.doc.

SILVA DE RAMÍREZ, Virtud: *Los derechos alimentarios del menor en la legislación especial*. Caracas, Paredes Editores, 1995.

SILVA MAC IVER, Jaime: *El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 283-306.

SOJO BIANCO, Raúl: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Caracas, Edit. Móbil-Libros, 1990.

__________ y Milagros Hernández de Sojo Bianco: *El derecho de alimentos en la legislación venezolana*. Caracas, Móbil-Libros, 2002.

SOMMER, Susana E.: *Genética, Clonación y Bioética ¿Cómo afecta la ciencia nuestras vidas?*. Argentina, edit. Biblos, 1998.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente: *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil.* México, Limusa Noriega Editores, 3ª edic., 1998.

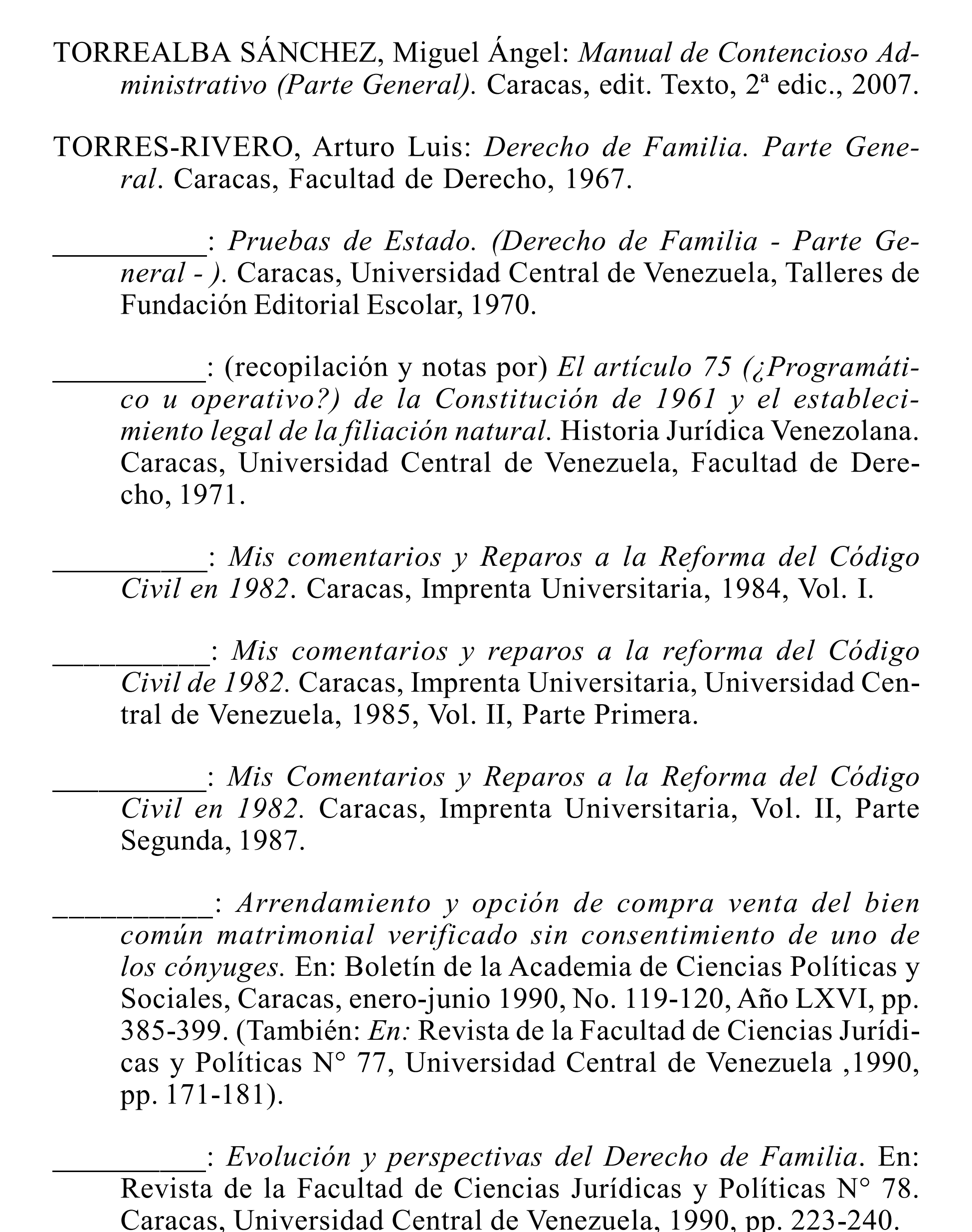
SOUBLETTE SALUZZO, Panchita: *Fuentes del Derecho alimentario en la legislación venezolana*. En: Revista del Consejo de la Judicatura N° 16, enero-marzo, 1980, pp. 32-38.

TERÁN LOMAS, Roberto A.M.: *Los hijos extramatrimoniales*. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1954.

TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys: *Enfoque socio-jurídico de la situación de la mujer en la familia.* En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia N° 64. Maracaibo, julio-diciembre 1985, pp. 37-155.

TOLDRÁ ROCA, Ma Dolors: *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La Transexualidad (Estudio de la capacidad en el matrimonio civil. Problemática Jurídica de la persona transexualidad*). Barcelona, Cedecs Editorial, S.L., 2000.

TORREALBA RAMÍREZ, José A.: *El matrimonio.* En: Derecho y sociedad. N° 2. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, abril 2001, pp. 361-420.



TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General).* Caracas, edit. Texto, 2ª edic., 2007.

TORRES-RIVERO, Arturo Luis: *Derecho de Familia. Parte General*. Caracas, Facultad de Derecho, 1967.

__________: *Pruebas de Estado. (Derecho de Familia - Parte General -).* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Talleres de Fundación Editorial Escolar, 1970.

__________: (recopilación y notas por) *El artículo 75 (¿Programático u operativo?) de la Constitución de 1961 y el establecimiento legal de la filiación natural.* Historia Jurídica Venezolana. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1971.

__________: *Mis comentarios y Reparos a la Reforma del Código Civil en 1982*. Caracas, Imprenta Universitaria, 1984, Vol. I.

__________: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil de 1982.* Caracas, Imprenta Universitaria, Universidad Central de Venezuela, 1985, Vol. II, Parte Primera.

__________: *Mis Comentarios y Reparos a la Reforma del Código Civil en 1982.* Caracas, Imprenta Universitaria, Vol. II, Parte Segunda, 1987.

__________: *Arrendamiento y opción de compra venta del bien común matrimonial verificado sin consentimiento de uno de los cónyuges.* En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, enero-junio 1990, No. 119-120, Año LXVI, pp. 385-399. (También: *En:* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 77, Universidad Central de Venezuela ,1990, pp. 171-181).

__________: *Evolución y perspectivas del Derecho de Familia*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 78. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1990, pp. 223-240.

__________: *La competencia del funcionario que celebra la celebración del matrimonio*: En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 81, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 123-133.

__________: *La notificación del Ministerio Público en el proceso de nulidad o anulación del celebración del matrimonio*: En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 79, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 259-263.

__________: *La competencia del funcionario que celebra la celebración del matrimonio*: En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 81, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 123-133.

__________: *La notificación del Ministerio Público en el proceso de nulidad o anulación del celebración del matrimonio*: En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 79, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 259-263.

TORTOLEDO DE SALAZAR, Flor: *El derecho alimentario del menor*. Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1995.

TOVAR LANGE, Silvestre: *El cuasicontrato de comunidad en el concubinato según la legislación venezolana.* Madrid-Caracas, Ediciones EDIME, 1951.

TROGLIO, Federico: *La Familia.* www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml.

URBANO-TAYLOR ROMERO, Zenaida: *La acción de inquisición de la paternidad y la filiación extramatrimonial*. Caracas, Tesis de Grado Universidad Católica "Andrés Bello", Dirección General de los Estudios de Postgrado, Especialista en Derecho de Familia y Menores, 2002.

VALENCIA ZEA, Arturo: *Derecho Civil*. Bogotá, edit. Temis, 8ª edic., 1979, T. I.

VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve: *Derecho Civil*. Parte General y Personas. Colombia, edit. Temis, 15ª edic., 2000, T. I.

VALENTI, José J.C.: *Las injurias graves como causal de divorcio.* Buenos Aires, De Palma, 1970.

VARGAS D. DE ORTIZ, Ana María: *Necesidad de un procedimiento sin formalismos y dinámico para requerir alimentos al obligado de darlos, que ha emigrado a otro Estado dejando abandonada a su familia (esposa, hijos menores o incapacitados).* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 145-156.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Filiación, Derecho y Genética (Aproximación a la teoría de la filiación biológica).* Perú, Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica Perú, 1999.

VEGA SALA, Francisco: *Prestaciones económicas entre ex cónyuges en caso de separación, nulidad y divorcio*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 715-721.

VEGAS ROLANDO, Nicolás: *Relaciones económicas derivadas de las relaciones de hecho*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. II, pp. 797-809.

VENTURINI, Alí José: *La partida de matrimonio como instrumento fundamental de la acción de divorcio.* (Sin notas tipográficas)

VILLALBA FERNÁNDEZ, Valeria: *Paternidad y Genética*, http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0026_paternidad_genetica_argentina.htm

VILLEGAS PULIDO, José Antonio: *Los impedimentos dirimentes y los impedimentos impedientes en el Derecho Civil italiano y en el Derecho Civil venezolano*. Caracas, edit. Sur América, 1932.

VILLEGAS PULIDO, G.T. *La inquisición de paternidad por examen de sangre*. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Tomo VI, N[os] 1-2-3-4, 1941, pp. 1-14.

VISO, Luis René: *Derecho de Familia*. Cabimas, Impresora Petrolandia, 1985.

WILLS RIVERA, Lourdes: *Consecuencias del incumplimiento de los deberes alimentarios hacia el menor*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, T. I, pp. 77-90.

__________: *Los poderes del Juez de Familia*. En: I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 9-46.

__________: *La educación del hijo sometido a patria potestad*. Caracas, edit. Torino, 2001.

YUNIS TURBAY, Emilio José y Juan José Yunis L.; *El ADN en la identificación Humana*, Bogotá, Temis, 2002.

ZANNONI, Eduardo A.: *El Concubinato (en el Derecho Civil Argentino y comparado Latinoamericano).* Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1970.

ZERPA, Levis Ignacio: *Derecho Civil I Personas*. Guía y materiales para su estudio por libre Escolaridad. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1987.

